FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

# DES SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN

# DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

EN DROIT FRANÇAIS

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue

*Le Mardi 2 Avril 1878, à 2 heures 1/2 du soir*

PAR

HENRI CHALLEMEL DE LA RIVIÈRE

AVOCAT

CAEN

TYPOGRAPHIE DE F. LE BLANC-HARDEL

RUE FROIDE, 2 ET 4

1878

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

# DES SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN

# DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

EN DROIT FRANÇAIS

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue

*Le Mardi 2 Avril 1878, à 2 heures 1/2 du soir*

PAR

HENRI CHALLEMEL DE LA RIVIÈRE

AVOCAT

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

CAEN

TYPOGRAPHIE DE F. LE BLANC-HARDEL

RUE FROIDE, 2 ET 4

1878

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0008

MEIS ET AMICIS

SUFFRAGANTS :

MM. FEUGUEROLLES, *Professeur ;*
TOUTAIN, *Id.*, *Président ;*
VAUGEOIS, *Id. ;*
JOUEN, *Agrégé ;*
LAISNÉ-DESHAYES, *Id. ;*
GUILLOUARD, *Id.*

# DROIT ROMAIN

# DES SERVITUDES

## NOTIONS PRÉLIMINAIRES

La nature, malgré la richesse et la variété presque infinie des formes qu'elle a reçues du Créateur, ne saurait cependant franchir les limites qui lui ont été imposées ; aussi ne peut-elle nous offrir que des choses existant réellement, qui, matérielles et palpables, tombent sous nos sens, que nos organes peuvent percevoir et nous faire connaître. Ce sont les choses corporelles, les *res corporales* des Romains, *quæ tangi possunt* (1).

Le droit, au contraire, dans sa sphère plus

(1) Gaius, II, § 12 à 14. — Dig., I, § 1, *De div. rerum.*

large et plus indépendante, offre à notre intelligence, par sa puissance d'abstraction, des choses qui n'affectent pas nos sens, *quæ fangi non possunt*, dont la notion nous est acquise par l'esprit et l'intelligence seuls : *Quæ non sunt, quæ intelliguntur.* Ces *res incorporales* sont les droits considérés en eux-mêmes et indépendamment des objets sur lesquels ils s'exercent, tels que l'hérédité, les servitudes, la propriété.

Le droit de propriété n'est pas, il est vrai, classé en droit romain parmi les choses incorporelles, mais il ne faut pas accorder d'importance à cette omission qui provient, croyons-nous, d'une simple habitude de langage, par laquelle on prend la chose objet du droit pour le droit lui-même. Pas plus que les autres, en effet, ce droit ne tombe sous nos sens; pas plus que les autres, par conséquent, il n'est corporel.

Ce sont tous ces droits dont nous venons de parler, qui constituent la fortune des hommes ; ils se divisent en réels et personnels. Ils sont personnels, lorsqu'un individu peut s'adresser à une autre personne déterminée, pour exiger d'elle un service qui consiste à donner, faire ou s'abstenir. Ils sont réels, lorsqu'entre la personne et la chose il existe légalement un rapport direct et que l'intervention d'aucune autre personne n'est

nécessaire pour retirer de cette chose toute l'utilité qu'elle peut procurer.

Entre tous les droits réels qui, du reste, ne sont pas fort nombreux, le droit de propriété, *jus utendi atque abutendi*, qui, en principe, ne comporte pas de limites, est, sans contredit, le plus important. Souvent il s'exerce dans toute sa plénitude sans autres restrictions que celles commandées par les exigences sociales; mais souvent aussi il est limité par d'autres droits qui, bien que d'une importance beaucoup plus restreinte, n'en portent pas moins atteinte à son intégrité. La propriété, en effet, étant composée de droits divers, peut se diviser et appartenir pour partie à plusieurs personnes, sans toutefois que celui qui conserve l'élément essentiel du domaine cesse pour cela d'être considéré comme propriétaire.

Parmi ces démembrements de la propriété, les plus importants sont, sans contredit, les servitudes qui, tantôt constituées en faveur d'une personne et tantôt en faveur d'un fond, vont faire l'objet de cette étude.

# CHAPITRE I.

## DES SERVITUDES, LEUR DÉFINITION, LEUR NATURE.

---

### SECTION I.

#### GÉNÉRALITÉS.

La servitude en droit romain est : *jus in re constitutum quo dominus aliquid pati vel non facere tenetur ad utilitatem alterius personæ vel rei.* » C'est donc l'asservissement partiel d'une chose au profit d'une autre chose ou au profit d'une personne autre que le propriétaire. Cette dénomination de « servitudes » était réservée plus spécialement par les Romains à une classe particulière de très-anciens droits réels, et ils désignaient les autres par l'expression de *jura in re* (1). On ne sait exactement pourquoi il en fut ainsi ; il est toutefois permis d'en donner pour raison que le système des servitudes étant déjà très-développé lorsque les nouveaux droits furent

(1) Loi 86, § 4, Dig., *De legatis.*

créés, il n'était pas facile de faire rentrer ces derniers dans la première classification.

Les servitudes n'ont pour ainsi dire pas d'histoire; il est seulement permis de penser, d'après certains fragments très-incomplets d'ailleurs, qu'elles étaient connues à une époque fort reculée; il faut cependant ajouter qu'il n'existe aucune certitude à cet égard et que ce ne fut qu'au temps de Cicéron que le système acquit son complet développement.

Les avantages que procure le droit de servitude varient presque à l'infini et peuvent se manifester des façons les plus diverses, comme l'explique parfaitement le jurisconsulte Paul (1). Ceux qui sont attachés aux autres droits réels, tels que l'usufruit, l'usage, etc., sont, au contraire, parfaitement déterminés. Lorsque je dis, par exemple, que j'ai un droit d'usage, d'usufruit sur le fond Cornélien, je n'ai besoin de rien ajouter pour me faire comprendre et tout le monde aura saisi ma pensée. Tout autre, au contraire, est le droit de servitude prédiale; j'ai beau dire, en effet, j'ai un droit de servitude sur le fond Cornélien, personne ne saura quel est ce droit. Est-ce une servitude de passage, de puisage ou autre? Il est impossible de le dé-

(1) Loi 7, pr., Dig., *Communia Prædiorum.*

terminer de prime abord ; je dois donc, pour compléter ma pensée, ajouter un qualificatif. Il faut, en un mot, que le droit de servitude soit déterminé. Et il en est de même du fond au profit duquel s'exercent les servitudes, qui doit, lui aussi, être invariablement et individuellement spécifié. Enfin, le sujet passif sur lequel s'exerce la servitude est, en dernière analyse, une chose corporelle, et ce sujet passif a, comme corollaire dans toute servitude, un sujet actif qui lui est étroitement lié, avec lequel il s'éteint nécessairement, sans jamais pouvoir en être séparé ni lui survivre pour être transporté sur un autre fond. Ce sujet actif est tantôt une personne et tantôt une chose. Dans le premier cas, la personne ne peut aliéner son droit, qui meurt avec elle. Quand au contraire c'est un immeuble, la servitude en est une qualité active, une extension de propriété qui durera autant que l'immeuble lui-même et dont elle ne pourra, en principe, jamais être détachée, de même que l'immeuble grevé ne pourra jamais, tant qu'il existera lui-même et que le sujet actif ne sera pas anéanti, se soustraire à la servitude qui est, en quelque sorte, une qualité mauvaise, une restriction de propriété qui le grève. Nous ne trouvons rien de semblable en ce qui concerne les autres droits réels qui peuvent, comme l'emphythéose et la su-

perficie, être aliénés ou détachés du fond, selon le bon plaisir de la personne qui les possède.

La servitude ne peut s'exercer que par suite d'un démembrement du droit de propriété, démembrement qui a séparé quelques-uns des différents éléments constitutifs de ce droit à l'origine et qui peut avoir lieu de deux manières : soit *in non faciendo*, lorsque la restriction consiste en ce que nous n'avons pas le droit de faire tout ce que nous aurions pu faire si la propriété eût été libre, soit *in patiendo*, en ce sens que nous sommes obligés de laisser faire quelque chose que nous aurions pu empêcher si le *jus in re* n'existait pas. C'est ce qui est exprimé en ces termes au Digeste : « *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (1). »

Une troisième forme de servitude pourrait, au besoin, se concevoir : elle consisterait *in faciendo ;* mais une obligation pareille ne saurait être une servitude véritable. Cette charge, en effet, imposée au propriétaire, ne serait ni une restriction, ni un démembrement du droit de propriété, caractère essentiel aux servitudes. De plus, ce devoir de faire quelque chose suppose-

(1) Loi 15, § 1, Dig., *De servitutibus.*

rait une personne déterminée à qui il incomberait, ce qui, étant le caractère des obligations proprement dites, ne peut être l'objet d'un droit réel ; nous en trouvons, du reste, la confirmation au Digeste : « *Servitutem non hominem debere sed rem* (1). »

Nous venons de passer en revue les différents modes que peuvent revêtir les servitudes ; il ne nous reste plus, avant d'en commencer l'étude proprement dite, que quelques principes généraux à énoncer qui ressortent de la nature même de ces droits.

Les servitudes étant, comme nous l'avons vu, des démembrements de la propriété, ne sont jamais présumées exister ; toujours la propriété est supposée libre, et quiconque prétend le contraire doit le prouver. Il est aussi de toute nécessité, pour l'existence d'une servitude, que celui qui la possède en retire un certain avantage, de telle sorte qu'on ne saurait établir une servitude au profit d'une personne, sur son propre fond. *Nulli res sua servit*, disent les Romains, ce serait en effet un non-sens, la propriété pleine ne pouvant être augmentée. Il n'est pas non plus possible d'établir un second droit de servitude sur une servitude déjà exis-

(1) Dig., loi 6, § 2, *De servitutibus.*

tante, car une servitude ne peut avoir pour fondement une chose incorporelle. Le droit romain le dit, du reste, en toutes lettres: *Servitus servitutis esse non potest.* De plus celui qui a le droit de servitude doit en user de la manière la moins onéreuse pour le propriétaire qui, lui aussi, par réciproque, ne doit rien faire qui tende à en empêcher l'usage et le rende plus incommode.

Nous devons enfin ajouter que les servitudes sont indivisibles : « *Et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est ut qui eum patiatur naturam ejus corrumpat* » ; et comme l'objet de la servitude est, ainsi que nous l'avons dit plus haut, ou de souffrir ou de ne pas faire quelque chose, ces deux manifestations de la soumission ne sauraient être divisées. On ne pourrait posséder, en effet, la moitié d'un jour (une fenêtre qu'on réduirait de moitié serait encore un jour) ni le quart d'un droit de passage. Il faut tout ou rien. L'usufruit seul fait exception à cette règle et demeure divisible.

On divisait à Rome les servitudes en *servitutes prædiorum* ou *rerum* et en *servitutes personnarum* ou *hominum*, selon qu'un fond ou une personne profitaient du droit.

Nous passerons sous silence les servitudes

personnelles pour nous occuper seulement des *servitutes prædiorum.*

## SECTION II.

### DES SERVITUDES PRÆDIALES EN GÉNÉRAL

Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut qu'un fond soit assujetti, *prædium serviens*, à un autre fond, *prædium dominans*, au profit duquel il résulte de cet état de choses un avantage et par suite une augmentation de valeur ou d'agrément: *Quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (1). Le fond dominant seul doit être pris en considération, peu importe la personne qui jouit de la servitude; ainsi, un aveugle peut parfaitement acquérir à son fond une servitude de vue, ajoutons que la servitude ne pouvant pas être cédée séparément du fond, ils sont indissolublement unis l'un à l'autre; qu'enfin le nombre des servitudes est illimité; car on les constitue telles et comme on veut, en ayant soin toutefois d'observer les règles que nous avons énumérées

(1) Celsus, l. 86, Dig., *De verb. signif.*

plus haut, auxquelles il faut en adjoindre quelques autres spéciales aux servitudes prédiales.

Ces règles nous apprennent qu'il est nécessaire qu'il y ait une *causa perpetua*, c'est-à-dire un état de choses naturel et permanent, tel que la servitude puisse être exercée indépendamment d'un travail quelconque du propriétaire du fond servant et tel que l'exercice actuel ne rende pas impossible l'exercice futur. La signification de ces mots : « *causa perpetua* » est fort bien expliquée au Digeste (1), et bien que certains auteurs pensent que la nécessité en ait été supprimée peu à peu, nous ne saurions être de leur avis ; car les textes qu'ils invoquent ne nous convainquent pas, bien que cette règle, nous le reconnaissons, ait été appliquée à la fin d'une façon assez large, le principe n'en fut pas moins maintenu, et il devait l'être, car il est tout à fait conforme à la nature des servitudes (2).

En second lieu, les fonds dominant et servant doivent être voisins, sans cependant qu'il soit nécessaire qu'ils se touchent (3), cela se comprend ; car s'ils étaient trop éloignés, les servitudes ne pourraient naître faute d'intérêt.

(1) Dig., l. 28, *De serv. præd. urb.*
(2) Paul, l. 9, Dig., *De serv. præd. rust.*
(3) Lois 38 et 39, Dig., *De serv. præd. urb.*

Remarquons enfin que les servitudes prédiales ne peuvent être constituées à terme ou sous condition et que leur extinction ne saurait provenir d'une telle modalité (1), ce qui découle sans doute de ce que, dans l'ancien droit, les servitudes prédiales ne pouvaient être constituées entre vifs que par mancipation ou *cessio in jure*. Si cependant l'acte de constitution contenait un pareil pacte, celui qui aurait consenti la servitude serait forcé, par une exception personnelle (*pacti* ou *doli*), de l'exercer de la façon dont il l'a consentie.

Nous allons maintenant nous occuper des différentes sortes de servitudes prédiales dont nous distinguerons deux grandes classes : les *servitutes prædiorum rusticorum* et les *servitutes prædiorum urbanorum* (2), que nous examinerons successivement ; mais, avant de commencer cette étude, il nous paraît urgent de déterminer quelles sont les servitudes urbaines et quelles sont les servitudes rurales, leurs différences et leurs rapports.

Les jurisconsultes romains ne nous ont pas laissé de définition bien nette sur ce point ; ils se sont bornés à nous dire que les servitudes

(1) Loi 4, pr., *De servitutibus.*

(2) Inst., § 3, *De reb. incorp.* — Ulp., l. 1, Dig., *De si serv. vind.*

urbaines étaient celles *quæ in superficie consistunt*, les rurales celles *quæ in solo consistunt.*

Plusieurs systèmes se sont fondés afin d'arriver à une solution, mais aucun n'est peut-être complètement satisfaisant. Pour nous, nous pensons qu'il faut s'en tenir au passage de Paul rapporté plus haut et dire que les servitudes rurales sont celles qui n'éveillent en nous aucune idée de construction (1), qu'on peut se figurer sans qu'il se présente à l'esprit aucune pensée de bâtiment (2). Les servitudes urbaines, au contraire, sont celles qui, pour exister, réclament nécessairement une construction (3). Il semble tout d'abord assez étrange que les Romains, avec leur esprit exact, ne nous aient pas laissé une définition plus complète. Cet oubli cependant peut jusqu'à un certain point s'expliquer, si nous remontons aux premiers temps du droit où la classification était, pour ainsi dire, toute utilitaire, en ce sens qu'on classait parmi les servitudes rurales celles qui étaient les plus usuelles et les plus utiles aux champs sans s'occuper beaucoup de savoir si leurs caractères concordaient bien exactement. C'est aussi par suite des mêmes considérations qu'on a fait de ces ser-

(1) Loi 3, Dig., *De servitutibus.*
(2) Loi 13, pr., Dig., *De serv. præd. rust.*
(3) Loi 20, pr., *De serv. præd. urb.*

vitudes, bien qu'elles soient incorporelles, des choses *mancipi*, afin de permettre aux habitants des champs, au lieu de se transporter à la ville, devant le magistrat, de suffire eux-mêmes à cette formalité et de constituer la servitude, ce qui, on le comprend, ne les dérange pas de leurs travaux et ne les oblige pas à des frais inutiles. Les habitants des villes devront, par contre, recourir aux formes de la *cessio in jure*, qui sont du reste à leur portée, puisque ce sont dans les villes que se trouvent les magistrats. Les jurisconsultes ultérieurs ne se sont, pas plus que les précédents, préoccupés de trouver une base certaine de distinction ; ils ont continué à procéder, non par classification, mais par énumération, faisant, à mesure qu'ils la créaient, entrer chaque servitude dans la catégorie qui semblait le mieux convenir à sa nature et à son caractère le plus usuel. Ce n'est que plus tard que l'on désira le critérium certain, que l'on cherche à retrouver aujourd'hui, d'après lequel on pût classer les servitudes d'une façon régulière. Les uns l'ont placé dans cette distinction que les servitudes rurales seraient celles qui consistent *in faciendo*, les urbaines, celles qui consistent *in patiendo* ou *in prohibendo ;* mais cette solution ne nous satisfait pas, elle ne peut en effet invoquer aucun texte en sa faveur et n'est d'ailleurs pas exacte ;

aussi pensons-nous, comme nous le disions en commençant, que le critérium véritable réside dans cette phrase de Paul : « *In superficie vel solo consistunt* », d'autant plus qu'il n'est pas le seul auteur qui se soit servi de cette définition. Javolenus, avant lui, en avait fait usage ; aussi cette concordance de plusieurs textes émanant d'auteurs différents nous semble-t-elle avoir une influence décisive sur cette question et la trancher en faveur du système que nous soutenons.

Nous allons nous occuper des servitudes prédiales urbaines d'abord, puis des servitudes prédiales rurales ; mais, auparavant, notons en passant quelques différences qui existent entre elles (1) ; une des plus anciennes et à laquelle nous avons déjà fait allusion est la division en *res mancipi* et *res nec mancipi*. Une seconde différence, introduite par la jurisprudence, consiste en ce que les servitudes urbaines ne pouvaient faire l'objet d'un gage, d'une hypothèque (2), tandis que les rurales se prêtaient parfaitement à cet emploi ; cette différence provient probablement de ce qu'il serait difficile de trouver parmi les voisins d'une servitude urbaine quelqu'un qui pût l'exercer

(1) Loi 13, pr., Dig., *De serv. præd. rust.*

(2) Loi 11, § 3, Dig., *De pign. et hyp.*, f. Marcia, et loi 12, f. Paul.

utilement et l'acheter dans la suite : « *Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint.* » Le même inconvénient n'existe pas pour la servitude rurale qu'on peut donner à titre de gage à un créancier propriétaire d'un fond voisin, qui l'exercera par lui-même, et pourra, à une époque fixée, s'il n'est pas remboursé, la vendre ou la céder pour se payer sur le prix. On peut aussi affecter une servitude au paiement d'une dette à titre d'hypothèque par la simple convention que le droit de la faire vendre, faute de paiement, appartiendra au créancier, et il n'est pas nécessaire, contrairement à ce qui a lieu dans le gage, que la personne en faveur de qui l'hypothèque est consentie soit un propriétaire voisin de l'endroit où s'exerce la servitude; car ce n'est pas le créancier hypothécaire, mais le débiteur qui l'a entre ses mains et continue d'en user.

Il existe encore, entre les servitudes, d'autres dissemblances qui ont trait à la quasi-possession et sont fort importantes, mais que nous verrons plus tard seulement, lorsque nous étudierons la façon dont les servitudes s'éteignent.

## SECTION III.

### SERVITUDES PRÉDIALES URBAINES.

Les servitudes urbaines sont ainsi définies au Digeste : « Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ quæ ædificiis inhærent : ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus etsi in villa ædificata sint (1). » Et d'après Paul : « Quæ in superficie consistunt (2). » Nous voyons, d'après ces textes, que tous les édifices étaient, à Rome, considérés comme urbains ; notons aussi que ces servitudes, que nous allons successivement passer en revue, consistent pour la plupart, lorsqu'elles sont considérées au point de vue actif, *in habendo et in prohibendo.*

#### § 1. — Servitus oneris ferendi.

Cette servitude consiste en ce que la muraille du fonds servant soutient la totalité ou une partie au moins de l'édifice dominant ; elle offre ceci de fort remarquable, que le propriétaire du fonds

(1) Inst., § 1, *De servitutibus.*
(2) Loi 3, Dig., *De servitutibus.*

servant est obligé de tenir son mur ou ses colonnes de soutènement en bon état (1). « *Paries oneri ferendo, uti nunc est ita sit,* » ce qui est contraire aux principes généraux des servitudes ; aussi ne fut-elle pas admise sans conteste. Certains jurisconsultes, Gallus entre autres, ne voulaient y voir qu'une servitude personnelle, se basant sur plusieurs textes pour soutenir leur opinion ; l'avis contraire prévalut cependant, et cela se comprend ; car ce n'est pas, ainsi que l'explique parfaitement Labéon, sur une personne que porte la charge des réparations, mais bien sur une chose (2) ; la preuve en est que le propriétaire du fonds servant pouvait s'en libérer en abandonnant son héritage (3). L'origine de cette anomalie est expliquée au Digeste, qui nous apprend qu'elle constitue plutôt une obligation de voisinage qu'une charge inhérente à la servitude. C'est une obligation *in rem scripta*, comme la *novi operis denuntiatio ;* aussi l'action par laquelle le titulaire poursuit la réparation du mur peut-elle se diviser entre plusieurs propriétaires, ce qui serait absolument impossible pour une action qui tendrait à la poursuite d'un droit de servitude.

(1) L. 33, Dig., *De serv. præd. urb.*
(2) Dig., l. 6, § 2, *Si serv. vind.*
(3) Dig., l. 8, § 2, *Si serv. vind.*

### § 2. — Servitus tigni immittendi.

La servitude dont nous nous occupons consiste dans le droit de faire reposer des poutres ou d'autres matériaux de construction sur le mur du voisin (1) ; elle a par conséquent beaucoup d'analogie avec la précédente, dont elle diffère cependant en ce que le propriétaire du mur n'est pas forcé de le tenir en bon état de réparations; elle constitue donc une véritable servitude sur la nature de laquelle il n'existe aucune controverse.

### § 3. — Servitus stillicidii aut fluminis recipiendi vel non.

Examinons d'abord la différence qui existe entre le *stillicidium* et le *flumen* (2). On entend par *stillicidium* l'eau qui découle naturellement d'un toit et qui en tombe par gouttes; le *flumen*, au contraire, est formé par l'accumulation dans une gouttière de l'eau qui, ainsi recueillie, se précipite d'une façon continue et en volume assez fort sur le fonds voisin. Ces servitudes prennent naissance lorsque le propriétaire d'une maison a acquis le droit, soit de

(1) Dig., l. 8, § 2, F. Ulp., *Si serv. vind.*
(2) L. 8, § 12, Dig., *Quemadmodum serv. amitt.*

laisser couler, soit d'empêcher de laisser couler sur le fonds voisin l'eau qui provient de ses toits. Cette double aptitude paraît bizarre au premier abord, aussi les auteurs se sont-ils ingéniés à trouver une explication plausible de cette anomalie. Laissant de côté toutes ces explications qui, plus ou moins habiles et plus ou moins claires, se heurtent presque toutes à quelque impossibilité, nous retiendrons seulement la plus simple et en même temps la plus naturelle, que nous trouverons dans l'examen des usages locaux, variables suivant les différentes parties de l'empire romain. Dans certaines villes, le droit commun obligeait tout propriétaire à recevoir sur son fonds les eaux pluviales tombées sur le toit de son voisin ; aussi, lorsque par suite d'une convention intervenue entre eux, cet état de choses était changé, le fonds qui autrefois recevait l'égout du toit, acquérait contre l'autre une servitude de *stillicidii non recipiendi.* Le *jus stillicidii recipiendi* était acquis par une stipulation contraire, lorsque l'usage général du pays n'obligeait pas le fonds contigu à recevoir l'égout du toit voisin. Mais, ne pourrait-on pas objecter : quelle raison y avait-il dans un cas de se débarrasser de l'eau, et dans l'autre de la recueillir ? La réponse, croyons-nous, n'est pas bien difficile à trouver : dans certains pays où

l'eau est facile à se procurer, le surcroît apporté par les pluies peut nuire au fonds sur lequel il se déverse en trop grande abondance ; dans d'autres, au contraire, où les sources sont rares, ce surplus est fort utile pour remplir les citernes, et par suite très-recherché.

**§ 4. — Servitus altius tollendi et altius non tollendi.**

En règle générale, chacun peut bâtir jusqu'à la hauteur qui lui convient (1), pourvu toutefois qu'il ne mette pas en péril les constructions voisines (2). Cependant un propriétaire, afin de préserver l'utilité ou même la beauté de son fonds, a pu obtenir, par stipulation, d'un de ses voisins, qu'il n'élèverait pas de murs au-delà d'une certaine hauteur : il a acquis dès lors une servitude *altius non tollendi* sur le fonds voisin. L'usage du pays peut, au contraire, être tel qu'il ne permette pas d'élever un édifice au-delà d'une certaine hauteur, de façon à ne pas nuire aux voisins, sans que cependant cette règle soit d'utilité publique (3) ; dans ce cas, il est loisible aux voisins de consentir à ce qu'un propriétaire exhausse sa maison plus que de coutume : il

(1) Dig., l. 2, F. Gaius, *Si serv. vind.*
(2) Inst., Just. 4, ‖l. 6, § 2.
(3) Dig., 9, F. Ulp., *Si serv. vind.*

acquiert alors une servitude *altius tollendi* au détriment des fonds avoisinants. Cette explication qui, du reste, est la même que celle que nous avons présentée pour la servitude précédente, est appuyée sur plusieurs textes (1) ; elle a cependant été critiquée et on a essayé d'en trouver d'autres qui ne nous satisfont pas. On a admis que ce serait le droit de forcer, dans un but quelconque, le voisin à exhausser sa maison, ou encore qu'elle consisterait dans le droit d'élever des constructions sur la maison même du voisin, ce qui nous paraît inadmissible.

### § 5. — Jus luminum et ne luminibus officiatur.

Ces deux servitudes, bien que séparées par quelques légères différences, ont beaucoup de points d'affinité, aussi les comprendrons-nous sous le même paragraphe.

L'une, la servitude *luminum*, semble moins étendue que l'autre ; elle oblige seulement le propriétaire du fonds grevé à ne pas obstruer les jours qu'un autre propriétaire pourrait ouvrir dans son propre mur, dans un mur mitoyen,

(1) L. 15, § 1, Dig., *Si serv. vind.* — L. 1, Dig., *Si serv. vind.* — Inst., § 2, l. 4, tit. VI.

ou même dans le mur du voisin. La servitude *ne luminibus officiatur* est plus étendue : le propriétaire du fonds servant doit non-seulement laisser percer des jours, mais encore il ne peut rien faire qui puisse les diminuer en quoi que ce soit, ni plantations, ni constructions, ni ouvrages quelconques (1).

On connaît encore quelques autres servitudes urbaines, telles que les servitudes *sterculinii*, *cloacæ immittendæ* (2), *vaporis imittendi*, etc. ; mais nous les passerons sous silence, imitant en cela les Institutes qui, vu leur peu d'importance, n'en parlent pas, et nous nous occuperons immédiatement des servitudes rurales.

## SECTION IV.

### SERVITUDES PRÉDIALES RURALES.

Nous allons examiner successivement, en suivant l'ordre des Institutes, les principales servitudes rurales, qui étaient, nous le savons, considérées comme des *res mancipi* et probablement sont les plus anciennes de toutes : car

(1) Dig., l. 4, 40, 15, 17, § 4, *Si serv. vind.*
(2) Dig., l. 1, § 4, 6, *De cloacis.*

la loi des Douze-Tables fait mention des servitudes de passage et peut-être aussi de la servitude d'aqueduc.

### § 1. — Iter. — Actus. — Via.

Ces trois servitudes ne forment pas trois espèces, mais doivent plutôt être considérées comme des modalités d'une même servitude de passage, dont la différence réside surtout dans l'étendue plus ou moins grande attribuée à chacune d'elles. Elles peuvent être établies, soit pour le service des champs, soit pour d'autres services; car Paul cite une servitude d'*iter ad sepulchrum* (1). Elles peuvent s'exercer, soit sur un fonds, soit même sur une construction, sur un pont, par exemple, ou à travers une maison, pour arriver à un jardin; enfin, il peut être stipulé qu'on passera pendant le jour seulement. Ces différentes façons dont peuvent s'exercer ces servitudes, pourraient peut-être faire croire qu'elles sont tantôt urbaines et tantôt rurales, d'autant plus que le Digeste les place sous le titre des servitudes prédiales urbaines. Nous pensons cependant qu'il ne faut pas s'arrêter à ces considérations, auxquelles aucun texte ne donne son

(1) L. 8, § 1, *De serv.* — L. 14, § 1, F. Paul.

appui ; et quant à leur place au Digeste, elle ne signifie que peu de chose, les servitudes des deux espèces étant souvent confondues sous l'une ou l'autre des deux rubriques.

La moins étendue de ces trois servitudes, et la première que nous examinerons, est l'*iter*. *Iter est,* disent les Institutes, *jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum.* Le but essentiel de l'*iter* est l'*eundi gratia*, le droit de passer ; c'est un droit de passage sur un fonds, mais un droit fort limité puisqu'on ne peut en principe s'en servir qu'à pied ; par extension, il était cependant admis qu'on pouvait en user à cheval ou en litière.

« *Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum : itaque qui habet iter, actum non habet; qui actum habet et iter habet eoque uti potest etiam sine jumento* (1). » Cette servitude est plus étendue que la précédente, qu'elle comprend toujours d'après le texte précité. Certains auteurs se sont cependant demandé si cette opinion était bien fondée, et d'après un texte d'Ulpien, ainsi conçu : « *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utitur* (2), » ont conclu que *l'actus* pou-

(1) L. 2, t. III, Inst., *De servitutibus.*
(2) L. 4, § 1, Dig., *Si serv. vind.*

vait quelquefois exister indépendamment de l'*iter* (1). » Telle n'est pas notre opinion ; le texte que nous avons rapporté plus haut est en effet formel, « *qui habet actum et iter habet* » ; tandis que ceux invoqués par l'opinion contraire ne disent peut-être pas tout ce qu'on veut bien leur faire dire : aussi nous rengeons-nous de l'avis de ceux qui prétendent que l'*actus* contient nécessairement l'*iter*. L'*actus* est essentiellement le *jus agendi gratia* (2), le droit de conduire, soit des troupeaux, soit des voitures, mais il ne va pas au-delà ; aussi ne pourrait-on y traîner des pierres ou des poutres (3). Il serait permis toutefois de restreindre ce droit en stipulant que les voitures ne passeront point, mais il ne faudrait pas faire trop de restrictions, car alors on en arriverait à ne plus posséder qu'une servitude d'*iter* sous le nom impropre d'*actus*.

Nous arrivons à la troisième servitude de passage, à la *via*, qui est le *jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se continet via*. Nous voyons qu'elle contient les droits d'*iter* et d'*actus*, et par suite est fort étendue ; aussi celui qui la possède peut passer, comme

(1) L. 1, Dig., *De adim. vel tranf. leg.*
(2) Pr. Inst., *De serv.*, l. 2, 3.
(3) L. 7, pr., Dig., *hoc tit.*

bon lui semble, soit à pied, soit en voiture, soit en conduisant des troupeaux; il peut même traîner des pierres et des poutres, en prenant soin toutefois de ne rien dégrader dans les champs où il passe. « *Trahendi lapidem aut tignum et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat.* » Les parties peuvent régler la largeur de la voie; mais, lorsque cette précaution a été oubliée, la loi elle-même s'est chargée de la préciser; elle doit être de huit pieds sur le chemin droit et de seize dans les tournants : « *In porrectum octo pedes, in anfractum id est ubi flexum est, sexdecim* »; on a conclu de là que le caractère distinctif de la *via* était la route, et que sans route elle ne pouvait exister. Il en est tout autrement de l'*iter* et de l'*actus*, qui s'exercent comme cela se trouve, sans qu'il y ait de chemin tracé, en se bornant seulement à faire le moins de dégâts possible. Il n'y aurait donc pas *via*, mais bien *iter* ou *actus* si la voie n'existait pas ou si elle était trop étroite pour les voitures.

### § 2. — Aquæductus.

*Aquæductus est jus aquam ducendi per fundum alienum.* Cette servitude peut être ou urbaine, lorsqu'elle s'exerce au profit des habitants d'une

maison, ou rurale, lorsqu'elle passe sur un fonds pour le bien d'un autre fonds (1). Elle s'exerce de beaucoup de façons, au moyen d'une simple rigole, par des tuyaux souterrains ou encore par des constructions grandioses, comme le pont du Gard, dont nous admirons encore les vestiges. L'*aquæductus* peut passer sur plusieurs fonds intermédiaires entre la source et le fonds irrigué, pourvu naturellement qu'elle se relie à la prise d'eau qu'elle peut desservir à jours et heures fixés, pendant une période seulement de l'année, à ciel ouvert ou sous terre; elle peut être continue ou discontinue si l'eau coule d'elle-même dans le conduit ou si la main de l'homme est nécessaire pour l'y faire aller (2). Elle peut avoir pour but un grand nombre d'usages, soit l'irrigation, soit les besoins d'une ferme, ou être destinée à faire marcher une usine, etc. Elle peut enfin se produire d'une infinité de façons.

### § 3. — Aquæhaustus.

L'*Aquæhaustus* ne diffère pas beaucoup de la servitude précédente, et encore est-ce plutôt en théorie qu'en pratique; elle en est pour

(1) Pr., Dig., *De serv.*, l. 2, 3.

(2) L. 1, § 2, 3, 4, 5, Dig., *De aqua quot. et aqua æstiva.*

ainsi dire la simplification ; comme elle, elle contient le droit de puisage, mais elle a en moins le droit de faire traverser à l'eau le fonds voisin. Il est utile cependant de remarquer que les Romains considéraient ces deux servitudes comme discontinues, en ce sens que toutes les deux pouvaient s'éteindre par le non-usage (1) lorsque, par exemple, on cessait de s'en servir pendant deux ans ; mais elles revivaient si, pendant deux nouvelles années, on en usait de nouveau. Si cependant l'eau coule naturellement, *sua sponte*, la servitude ne se perd pas ainsi et se conserve par ce seul fait. Ajoutons enfin que pour que cette servitude puisse s'exercer, il en faut nécessairement une autre de *via*, *iter* ou *actus*, afin de pouvoir accéder à la source.

Il existe encore beaucoup d'autres servitudes rurales (2), telle que la servitude *pecoris ad aquam appulsus*, qui est le droit d'abreuver ses animaux à la source qui se trouve sur le fonds d'autrui ; c'est un véritable droit de puisage qui contient implicitement un droit d'*actus*, ainsi que la servitude suivante *de pecoris pascendi*, qui consiste dans la faculté de faire paître ses troupeaux sur un autre fonds que le sien propre. Remarquons que, à moins de dispositions con-

(1) Celsus, l. 2, Dig., *Quemad. serv. amitt.*
(2) Inst., § 2, *De serv.*, l. 2, 3.

traires, les seuls troupeaux du fonds dominant peuvent être conduits sur le fonds servant. Enfin, les auteurs font encore mention des *jus lapidis eximendæ, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ*, etc., qu'il n'entre pas dans les limites de cette étude d'examiner plus au long.

## CHAPITRE II.

### COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES.

Pour bien étudier ce chapitre, il faut distinguer deux grandes périodes, que l'on retrouve, du reste, partout en droit romain. Nous voulons parler des époques antérieures et postérieures à Justinien, qui feront chacune la matière d'une section.

### SECTION I.

#### AVANT JUSTINIEN.

Pendant toute cette période, le territoire de la République et plus tard celui de l'Empire romain fut divisé, par suite de la différence de qualité des habitants, en deux régions d'une étendue fort inégale. L'une ne comprenait, à l'origine, que le seul territoire de la ville de Rome dont les habitants, les Quirites, jouissaient d'immenses priviléges et formaient une classe à part, dans laquelle les étrangers ne pouvaient être

admis. Mais peu à peu, à mesure que les conquêtes et la puissance des Romains augmentaient, l'ambition des peuples voisins et vassaux de Rome, ayant la même origine et parlant la même langue qu'elle, croissait également; ayant participé à ses victoires, comme auxiliaires il est vrai, ils voulurent aussi partager sa gloire et ses prérogatives, et le but de leurs efforts constants fut de conquérir le titre glorieux de citoyens romains, auquel tant de priviléges étaient attachés. Rome, tantôt de bonne grâce et le plus souvent forcée, leur accorda leur demande, non toutefois sans lutter longtemps, mais enfin, par la force des choses, le territoire romain, le *solum romanum* s'étendit et devint le *solum italicum*, ayant les mêmes prérogatives et les mêmes droits que l'ancienne Rome. Là cependant s'arrêta, pour un certain temps du moins, le progrès de cette ambition chez les peuples vaincus, et ce ne fut que plus tard, lorsque l'anarchie s'introduisit dans l'empire romain à la suite de ses empereurs d'un jour, qu'il n'y eut plus de distinction entre le sol des provinces et celui de l'Italie. A l'époque dont nous nous occupons actuellement, les différences étaient grandes entre les deux régions. Le *solum italicum* avait tous les priviléges, les habitants possédaient la terre *jure dominii* et étaient gouvernés par

les lois romaines. Le sol des provinces, au contraire, appartenait au peuple romain et non à ses habitants, qui n'en avaient que la *vacua possessio*, qui ne pouvait même pas les conduire à l'usucapion ; ils pouvaient être dépouillés de la terre sur laquelle ils demeuraient et ne jouissaient d'aucuns priviléges ; en un mot, ils étaient régis soit par le droit des gens, soit par leurs lois particulières. Par suite de ces différences énormes entre les deux parties de l'empire romain, des législations diverses, les modes d'acquisition de la propriété étaient différents ; aussi devons-nous, pour les étudier avec fruit, ne nous en occuper que successivement. Dans le *solum italicum* d'abord et ensuite dans le *solum provinciale*.

### § 1. — Solum italicum.

C'est, comme nous l'avons déjà dit, le droit civil romain qui règne ici en maître ; les *quirites* possédaient le *dominium merum*, *dominium ex jure quiritium*, c'est-à-dire la propriété pleine et illimitée. A eux aussi appartenaient les servitudes qui ne sont, nous le savons, que des démembrements de la propriété. Il importe toutefois de remarquer que pour établir les servitudes « *jure civili* », il fallait se servir des

seuls modes d'acquérir de ce même droit civil; c'est un principe énoncé dans les fragments du Vatican (1); tandis que la propriété elle-même pouvait être acquise tout à la fois par les modes du droit civil et par ceux du droit des gens. Nous connaissons cinq modes d'acquérir les servitudes dans l'ancien droit romain : ce sont la mancipation, la *cessio in jure*, l'usucapion, l'adjudication et la loi; examinons-les successivement.

*Premier mode.* — Le premier mode d'acquisition des servitudes était la mancipation, dont il n'est pas nécessaire de rappeler ici les formes; on ne s'en servait que pour les servitudes rurales, qui étaient des choses *mancipi;* aussi, lorsqu'il s'agissait de constituer une servitude urbaine, fallait-il avoir recours au second mode, à la *cessio in jure* qui, du reste, s'employait aussi pour les servitudes rurales. On pouvait, par l'entremise de ces deux modes, constituer la servitude, soit *per translationem*, soit *per deductionem* (2). *Per translationem*, c'est-à-dire directement, la servitude elle-même était alors transférée. *Per deductionem*, au contraire, c'était le fonds servant qu'on transférait à autrui, en

(1) *Frag. Vat.*, § 47.
(2) *Frag. Vat.*, § 50.

retenant pour soi, au moyen de certaines paroles, un droit de servitude sur le fonds mancipé ou cédé !

*Deuxième mode.* — L'*usucapio* était, dans le très-ancien droit romain, un mode d'acquérir les servitudes, puisque nous trouvons dans les fragments du Vatican qu'une loi *scribonia*, qu'on ne connaît pas autrement, du reste, le supprimait. A cette époque, la quasi-tradition et la quasi-possession, dont nous aurons à parler tout à l'heure, n'étaient pas encore connues ; et comme, d'un autre côté, il était contraire à l'esprit des Romains d'admettre la possession pour des choses incorporelles, qui ne pouvaient être véritablement possédées (1), il faut croire, pour expliquer le fragment du Vatican précité, que cette possession ne s'appliquait qu'à un nombre assez restreint de servitudes qui se manifestaient, pour ainsi dire, par quelque chose de matériel et dont on peut dire avec Paul : *quasi quodam facto possideo*, comme celle de *tigni immittendi*, par exemple, ou de *stillicidii*, etc.; tandis que les autres, dans lesquelles rien de matériel n'avait pu être découvert, ne pouvaient être acquises par prescription.

(1) Dig., *De serv.*, 20, F. Javol.

*L'adjudicatio* fournissait encore un moyen d'acquérir les servitudes ; c'est ce qui avait lieu quand le juge, dans un *judicium legitimum* et lorsqu'il s'agissait d'une action *familiæ erciscundæ*, ou *communi dividundo* (1), croyait bon, en adjugeant un fonds à l'un des communistes ou même à une autre personne, d'y établir une servitude au profit d'un autre fonds également compris dans la communauté, afin d'équilibrer le partage ou de le rendre possible. C'est ce qui était exprimé à Rome par ces mots : « *Judex etiam quum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem ut alium alii servum faciat ex iis quos adjudicat* (2). »

Le dernier mode de constitution des servitudes, d'après le droit civil, était la *lex* doublée de la volonté du testateur qui se manifestait le plus souvent par des legs, et il ne faut pas ici oublier la distinction fondamentale qui existe en cette matière et qui consiste en ceci : tantôt, selon l'espèce de legs, le testateur donne la chose elle-même, tantôt un droit de créance seulement, en vertu duquel l'héritier est tenu de délivrer la chose léguée ; ce qui a l'avantage de permettre au testateur de forcer son héritier,

(1) L. 18, Dig., *Comm. div.*
(2) L. 22, § 8, Dig., *Familiæ erc'scundæ.*

s'il veut accepter l'hérédité qui lui est offerte, à consentir la chose demandée par son auteur sur ses propres biens, une servitude, par exemple, que le testateur n'aurait pu léguer directement.

On pouvait encore, sur le *solum italicum*, exercer des servitudes ayant été constituées par des modes autres que ceux que nous venons d'énumérer. Aussi, lorsque toutes les formalités requises par le droit civil n'avaient pas été accomplies, que la servitude existait cependant en fait, le préteur venait au secours du propriétaire du fonds dominant et faisait, au moyen de fictions, respecter son droit; mais alors les servitudes ainsi établies n'existaient pas aux yeux du droit civil. Aussi peut-on dire avec Ulpien que, dans ce cas, il y avait plutôt une quasi-servitude qu'une servitude véritable : « *Est ita quasi servitus, in quam rem utilem actionem abemus vel interdictum.* »

### § 2. — Solum provinciale.

Contrairement à ce qui avait lieu pour le sol d'Italie, il était impossible d'établir des servitudes véritables sur le sol des provinces : cela se comprend facilement, du reste, lorsqu'on réfléchit

que personne n'avait sur ce sol de véritable droit de propriété, lequel appartenait soit au peuple romain, soit à César. Cependant il existait en fait des droits protégés par le préteur, qui ressemblaient aux servitudes et pouvaient être établis par testament et par les pactes et stipulations. Mais, si on comprend jusqu'à un certain point que les servitudes provinciales pussent être établies par acte de dernière volonté, on aperçoit moins clairement la façon dont elles pouvaient l'être entre vifs. Ce n'était, en effet, ni par mancipation, ni par *cessio in jure*, tous modes réservés, comme nous l'avons vu, au sol italique. Comment donc faut-il s'y prendre pour arriver à constituer une servitude dans la province? C'est Gaius qui se charge de nous l'apprendre : « *Si quis velit jus aliquod constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet.* » C'est le préteur qui dérogea à cette sévérité excessive du droit civil pur et permit de constituer des servitudes qu'il garantit au moyen de pactes et de stipulations. Le pacte consistait dans la convention qui intervenait entre les parties; la stipulation était un contrat verbal par lequel le débiteur de la servitude s'engageait, s'il venait à mettre obstacle à son exercice, à subir une certaine peine pécuniaire; le contrat est dès lors garanti par une action civile qui lui sert de

sanction, d'où il suit que l'exercice de la servitude commence au moins sans entrave ; or, cet exercice mène à la quasi-possession qui, avec la quasi-tradition faite à l'origine, constitue la servitude en droit réel prétorien protégé par la *vindicatio*, la publicienne et les interdits. Remarquons bien cependant que le droit réel n'existe, même aux yeux du préteur, qu'après un commencement d'exercice, car les pactes et stipulations ne produisent jamais que des obligations ; c'est là une règle à laquelle nous ne connaissons aucune exception.

En résumé donc, il y avait avant Justinien cinq modes d'acquérir les servitudes en Italie et deux seulement dans les provinces ; les legs d'une part et les pactes et stipulations de l'autre. Nous retrouverons ce dernier mode parmi ceux qui existaient encore après Justinien et que nous allons maintenant examiner.

## SECTION II.

### ÉPOQUE DE JUSTINIEN

Nous avons vu qu'à Rome, le préteur accordait sa protection toutes les fois qu'une servitude n'avait pas été établie d'après les modes

du droit civil. Dans le droit nouveau, débarrassé de l'étroit formalisme ancien, la simple convention employée de tous temps dans les provinces, remplace dans tout l'empire romain les solemnités tombées en dessuétude. C'est pour cela que le rôle de l'action publicienne a été réduit au cas où, par un motif quelconque, on veut éviter de fournir la preuve de la propriété de son auteur, ou lorsque la servitude a été établie par quelqu'un qui n'était pas propriétaire.

Ceci posé, passons à l'examen détaillé des quatre modes servant à constituer les servitudes au temps de Justinien : les pactes et stipulations, les testaments, l'adjudication, l'usucapion ou la prescription.

### Des pactes et stipulations.

Nous allons ici nous occuper plus au long de cette question, qui a beaucoup divisé les auteurs, et dont nous avons déjà dit quelques mots, lorsque nous avons parlé des fonds provinciaux, concluant, qu'à cette époque, on ne constituait pas la servitude elle-même au moyen des pactes et stipulations qui ne pouvaient produire qu'une simple obligation, bien que certains auteurs aient soutenu le contraire.

Rappelons-nous, avant de commencer cette étude, qu'à l'époque de Justinien, il n'y a plus de différence entre le sol italique et celui des provinces ; tous les deux sont régis par les mêmes lois. La division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* n'existe plus, d'où il suit que les servitudes ne peuvent plus être constituées par la mancipation ou la *cessio in jure*. Ceci n'est contesté par personne ; toutefois, le même accord ne se rencontre pas sur la question de savoir si les pactes et stipulations donnent naissance à la servitude elle-même ou seulement à une obligation en vertu de laquelle la servitude devra être constituée.

Une première opinion soutient qu'il ne faut, pour constituer la servitude, que la simple convention ; elle se base sur ce que les passages du droit de Justinien, qui traitent de l'établissement des servitudes, se bornent à exiger cette manifestation de la volonté sans faire mention de la tradition (1). Elle ajoute que le système contraire repose uniquement sur cette supposition gratuite, que le transfert des droits réels exige la tradition, comme une condition essentielle et fondée sur la nature même des choses, ce qui n'est pas exact ; que, du reste, l'emphithéose, qui ne

(1) Ph., 4, t. III, liv. II, Inst., *De servitutibus*.

diffère des servitudes qu'en ce qu'elle renferme des droits plus étendus, s'établit par simple convention (1), ce qui a lieu également pour les droits de superficie et d'hypothèque. On est forcé, disent-ils encore, d'admettre dans l'opinion adverse tant d'exceptions, que la règle établie devient illusoire; qu'enfin, il ne saurait être question de quasi-tradition du droit, dans une servitude laissée par testament; que la quasi-tradition ne pourrait même s'imaginer à l'égard de certaines servitudes négatives qui consistent à ne pas faire, ou dont l'existence dépend d'une éventualité future; de telle sorte qu'il faut admettre que, pour celles-là du moins, la simple convention suffit, ou bien soutenir qu'elles ne peuvent en aucune façon être constituées entre vifs, ce qui est inadmissible et, de plus, contredit formellement par les textes pour les servitudes de la dernière catégorie (2).

Quant à nous, nous ne saurions admettre ce système, et il nous semble que d'un grand nombre de textes insérés au Digeste (3) de Justinien, il ressort clairement que la grande

(1) L. 1, Ph., 1, Dig., *Si ager vectigalis.*

(2) L. 23, § 1, Dig., *De serv. præd. urb.* — L. 10, Dig., *De serv. præd. urb.*

(3) Dig., l. 20, *De servitutibus.* — Dig., l. 1, § 2, *De serv. præd. rust.* — Loi 11, Ph., 1, *De publiciana in rem actio.*

division entre la servitude due et la servitude établie réellement existe toujours. Cette distinction a, croyons-nous, un très-grand intérêt et des conséquences fort importantes dont la plus remarquable, sans contredit, se produit au cas d'aliénation du fonds servant qui, suivant que la servitude est réellement constituée ou seulement due, passe, grevé ou non, dans les mains de l'acquéreur; sauf, il est vrai, dans ce dernier cas, l'action personnelle du créancier de la servitude contre celui qui la lui avait promise. Nous savons bien qu'ici la doctrine adverse nous objecte un texte d'Ulpien qui semble, au premier abord, contraire à notre solution, et qui nous dit que l'usufruitier est obligé de respecter la simple stipulation de servitude aussi bien que la servitude déjà établie (1). Heureusement la réponse est facile, et il ne s'agit que de se rappeler les principes de l'usufruit pour la trouver. L'usufruitier, en effet, doit jouir comme le véritable propriétaire; telle est la raison. Or, il ne jouirait pas ainsi s'il ne respectait pas les charges, quelles qu'elles soient, du fonds; il aurait une jouissance plus étendue que celle du propriétaire, ce qui est tout à fait inadmissible. La suite de ce même texte con-

(1) Dig., *De usufr.*, l. 27, § 4, f. Ulp.

firme, du reste, entièrement cette opinion : « *Si qua servitus imposita est fundo necesse habebit fructuarius sustinere; unde et si per stipulationem servitus debeatur idem puto dicendum.* » Et § 5 : « *Alioquin non boni viri arbitratu utitur fruitur.* » Loin donc de renverser notre doctrine, il la confirme.

Du reste nous avons vu plus haut, en parlant de l'établissement des servitudes sur le sol des provinces, que c'était au moyen de ces pactes et stipulations qu'on suppléait aux modes du droit civil qui ne pouvaient y être employés. Gaius lui-même nous l'apprend (1).

Ce mode de constitution des servitudes consiste donc en un pacte par lequel on convient de la servitude, et de plus, comme sanction pénale, dans la stipulation d'une certaine somme d'argent, au cas où le promettant n'accomplirait pas sa promesse. A cause de cette sanction menaçante, l'exercice de la servitude commence probablement sans obstacle, et cette quasi-possession, d'une part, et la quasi-tradition, de l'autre, constituent, du moment qu'elles ont lieu, l'établissement de la servitude, comme droit réel prétorien, protégée par l'*actio confessoria* et les interdits. Nous pensons qu'avant ce

(1) Inst. de Gaius, l. 2, § 3, 1.

commencement d'exercice, il n'existe aucun droit réel, mais seulement une obligation (1). Et pourquoi en serait-il autrement? Est-ce parce que nous nous occupons d'une matière qui a pris naissance sur le sol provincial? Mais aucune exception ne déroge, croyons-nous, en fait de servitude, à cette règle de Paul (2) : « *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum;* » et pour nous, la preuve évidente en est la stipulation d'une peine pour le cas où on mettrait obstacle à l'exercice de la servitude convenue; or, cette stipulation eût été superflue si la servitude avait existé comme droit réel par le seul fait du contrat. Cette application des stipulations de peines à l'établissement des servitudes n'était qu'une généralisation d'un procédé usuel, d'un état de choses déjà existant dans d'autres cas. Remarquons enfin que, pour protéger les servitudes négatives, nous en sommes réduits à l'action personnelle et à la sanction pénale résultant des pactes et stipulations, la quasi-tradition et la quasi-possession étant très-

(1) Dig., l. 7, 1, *De usufruc.*, 8, pr., Gaius.
(2) Dig., l. 44, 7, *De oblig.*, 3, pr., f. Paul.

difficiles à concevoir dans ce cas sans actes d'opposition qui auraient constitué une sorte d'exercice du droit.

#### Le Testament.

Nous avons vu que, pendant la première période, le testateur pouvait, à son choix, en se servant de telle ou telle forme de legs, transmettre un véritable droit réel ou imposer simplement à son héritier l'obligation de le consentir. Justinien a aboli cette différence entre les legs et a décrété que la propriété des choses léguées serait immédiatement transférée. Le testament, au temps de Justinien, est donc toujours un véritable mode de constitution des servitudes.

#### L'Adjudication.

Ayant expliqué tout à l'heure en quoi consistait l'adjudication, nous n'avons rien à ajouter, sinon que toujours elle donne naissance à une servitude réelle et non à une simple obligation.

#### La Prescription.

Nous n'avons plus à nous occuper exclusivement de l'usucapion, que Justinien a confondue avec

la *possessio longi temporis*, qui existait déjà pour les fonds provinciaux, et au moyen de laquelle on pouvait acquérir les droits de servitude. L'usage d'une servitude continué pendant vingt ans ne donnait pas, il est vrai, le droit de servitude d'après le *jus civile;* mais l'exercice en étant protégé par le préteur, au moyen d'une exception ou d'une action confessoire utile, la *longi temporis præscriptio* devenait, de fait, un moyen d'acquérir les servitudes (1), moyen qui, cependant, pour être efficace, demandait la réunion de trois conditions (2) : 1° une quasi-possession de la servitude, c'est-à-dire qu'il fallait l'avoir exercée comme un droit nous appartenant; 2° une juste cause de possession, c'est-à-dire que la servitude devait avoir commencé pour nous d'une façon non vicieuse et dans des circonstances telles que nous nous soyons cru en droit de l'exercer. Il nous fallait donc la bonne foi, mais non un juste titre, car la publicité de la servitude en tient lieu; 3° enfin un exercice de la servitude pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents, *nec vi, nec clam, nec precario*, exempt de vices et non interrompu. La possession peut être interrompue

(1) L. 12, C., *De præscriptioni longi temporis.*
(2) L. 10, pr., Dig., *Si serv. vind.*

de différentes manières : soit, dans les servitudes négatives, « *quæ in non faciendo consistunt*, » par un changement quelconque de l'état de choses existant ; soit, dans les servitudes affirmatives, par un acte contraire de la part du propriétaire, sur la chose duquel la servitude s'exerce.

## CHAPITRE III.

### COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT.

Nous venons de voir comment s'acquièrent les servitudes, il nous faut étudier maintenant de quelle façon elles s'éteignent. Aux règles générales sur l'extinction des droits qui sont aussi applicables aux servitudes, s'adjoignent quelques particularités relatives à cette matière qu'il est utile de signaler. Remarquons tout d'abord que le démembrement du droit de propriété, qui constituait la servitude, retourne naturellement au Domaine, lors de son extinction. En second lieu, on ne peut aliéner une servitude à moins qu'elle ne fasse retour à la propriété dont elle a été démembrée ; enfin, les servitudes ne peuvent, par suite de leur indivisibilité, s'éteindre partiellement. Ceci posé, parcourons les différents modes d'extinction des servitudes qui sont au nombre de quatre : la perte de la chose, la confusion, la renonciation et le non-usage.

§ 1. — Perte de la chose.

Lorsque le fonds assujetti est totalement détruit il est évident qu'il ne peut plus y avoir dessus aucune servitude (1). Il en est de même lorsque le fonds subit des changements tellement graves que l'exercice de la servitude est rendu impossible. Si, plus tard, il retourne à son état primitif, la servitude renaît à moins qu'elle ne se soit, pendant ce temps, éteinte par prescription ou non-usage. Javolenus nous apprend que le propriétaire d'un fonds envahi par les eaux devra, lorsqu'elles se seront retirées, rétablir le passage supprimé momentanément par l'inondation.

§ 2. — Confusion.

Il y a confusion lorsque la propriété restreinte et la servitude se trouvent réunies dans la même main. La raison en est que la règle, « *Nemini res sua servit*, fait évanouir la servitude ; c'est aussi ce que nous dit Gaius par ces mots : « *Servitutes prædiorum confunduntur si idem utriusque prædii dominus esse cœperit* (2). » Si

(1) L. 23, 24, 26, 30 Dig., *Quibus modis usufr. amitt.*
(2) Dig., *Quemadmodum serv. amitt.*, l. 1, F. Gaius.

plus tard le propriétaire aliène l'un des fonds, la servitude ne revit pas pour cela ; nous trouvons cependant une exception à cette règle pour le cas où l'héritier aurait vendu à autrui l'hérédité, cause de la confusion, car alors cette dernière n'existerait plus (1). La confusion a lieu seulement lorsque le propriétaire de l'un des deux fonds devient l'unique propriétaire de l'autre ; s'il n'en acquérait qu'une part indivise, il faudrait appliquer la règle : *Servitus per partes retinetur* (2).

### § 3. — Renonciation.

La renonciation est la remise que fait le propriétaire du fonds dominant au propriétaire du fonds servant de la servitude que ce dernier lui doit. Elle renferme implicitement une aliénation en faveur du propriétaire de la chose assujettie, dont le droit de propriété se trouve dès lors libéré de la restriction qui lui était imposée (3). Cette remise se faisait jadis conventionnellement par l'*in jure cessio*. Nous pensons aussi que la mancipation aurait pu également servir pour les

(1) Dig., Comm. 9, F. Pomp.

(2) L. 8, § 1, Dig., *De serv.*

(3) L. 20, pr., Dig., *De serv. præd. rust.* — Paul, *Sent.*, III, 6, 32. — Dig., *Quemadmodum serv. amitt.*, 8, pr., F. Paul.

servitudes rurales. Elle pouvait aussi avoir lieu par testament et même par simple pacte ; et, dans ce dernier cas, le propriétaire qui, au mépris de la convention, voudrait néanmoins exercer la servitude, serait repoussé au moyen d'exceptions. La servitude sera éteinte également si, après la conclusion du pacte, on a fait certains actes qui en étaient pour ainsi dire l'exécution. Il en serait de même encore si, bien qu'ils n'y eût pas de pacte préalable, de pareils actes avaient été faits sans rencontrer d'opposition ; si, par exemple, on n'a pas mis obstacle à une construction qui s'élevait sur un terrain où l'on possède un droit de passage.

### § 4. — Non-usage.

Nous savons que les droits, celui de propriété, par exemple, ne se perdent pas en général par cela seul que nous ne les exerçons pas. Cela peut arriver cependant d'une façon indirecte, et lorsqu'une autre personne les a exercés pendant un certain laps de temps requis pour l'usucapion. Il peut en être de même pour tous les droits réels, et en particulier pour les servitudes dont nous nous occupons. Si, en effet, ayant sur le fonds voisin une servitude, je ne l'exerce pas, et que

je laisse jouir le propriétaire d'une façon illimitée, j'aurai perdu mon droit, et il aura acquis la libération de son héritage. La servitude qui le gênait sera éteinte de la même façon que le droit du propriétaire dont nous parlions tout à l'heure. Remarquons seulement que, dans les deux cas, c'est plutôt l'usucapion du nouveau propriétaire qui produit ce résultat que le non-usage accidentel de celui qui perd son droit (1). Ce mode d'extinction existait dès l'origine ; nous avons vu, il est vrai, qu'une loi *scribonia* était venue abolir l'usucapion en matière d'*acquisition* des servitudes mais non en matière d'*extinction.*

Il est souvent, dans la pratique, fort difficile, pour ne pas dire impossible, de distinguer entre la possession de la liberté et le non-usage de la servitude, les manifestations extérieures de ces idées ne présentant aucune différence appréciable. Ceci est vrai, surtout des servitudes qui demandent un acte positif de la part de celui à qui elles compètent ; car, lorsque cet acte a été fait, le fonds servant est libre jusqu'à la prochaine manifestation, sans qu'il soit nécessaire à son propriétaire de faire un acte quelconque pour indiquer qu'il prend possession de cette liberté. Malgré la généralité du principe *servitutes non*

(1) Paul, 1, 17, 1, 2.

*utendo pereunt*, on n'entend parler que de celles auxquelles il pouvait naturellement s'appliquer ; cela est si vrai qu'il y a une disposition expresse qui nous dit que le non-usage ne suffit pas pour éteindre les servitudes prédiales urbaines, mais qu'il faut encore l'*usucapio libertatis* de la part du propriétaire du fonds assujetti et qui s'exprime en ces termes : « Hæc autem jura, similiter ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat : veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur : et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero ; ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris ; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immersi ædes tuæ servitutem debent, et ego exemero tignum ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris ; alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet (1). » Tel était le droit pendant l'époque antérieure à Justinien. Cet empereur

(1) Loi 6, pr., Dig., *De serv. præd. urb.*

conserva ces règles, remplaçant seulement par les délais de la *longi temporis prœscriptio* ceux de l'usucapion avec laquelle il la confondit. Il faut donc pendant cette époque, pour éteindre une servitude, dix ans de non-usage non interrompu entre présents et vingt ans entre absents. Peu importe, du reste, par suite de quelle cause celui à qui la servitude compète a négligé d'en user, que ce soit volontairement ou par ignorance, la servitude n'en est pas moins perdue. Cependant, pour la conserver, il n'était nullement nécessaire au titulaire de l'exercer lui-même; un autre eût pu le faire pour lui, pourvu qu'il le fît à titre de servitude. En vertu de l'indivisibilité des servitudes, celui contre qui la prescription ne peut courir, conserve le droit de tous les autres, comme celui qui l'exerce le fait dans l'intérêt de tous. Il en est de même encore lorsque c'est sur une partie seulement de la chose assujettie qu'elle s'exerce.

## CHAPITRE IV.

### DES ACTIONS RELATIVES AUX SERVITUDES.

Il était impossible d'appliquer rigoureusement aux servitudes, qui sont des choses incorporelles, et qui, par suite, ne sont pas susceptibles d'une véritable possession, les interdits généraux accordés par le préteur pour protéger la possession. Cependant, comme on avait admis à leur égard une sorte de possession, il fallait bien admettre des interdits *quasi-possessoires*, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi, *interdicta veluti possessoria*, qui étaient donnés *utiliter*, et subissaient dans leurs formules les modifications nécessitées par leur nouvel emploi et par la nature particulière des droits auxquels ils s'appliquaient. C'est de cette façon qu'on appliqua aux servitudes, tant personnelles que réelles, les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, que donnait le préteur pour conserver la possession, soit des immeubles, soit des meubles et l'interdit *unde vi*, donné pour faire restituer ce qui avait été enlevé avec violence. Les fragments du Vatican nous ap-

prennent positivement que cela avait lieu pour l'usufruit (1).

En outre et antérieurement à cette généralisation des interdits généraux, des interdits spéciaux avaient été introduits pour protéger l'usage de certaines servitudes rurales, fort importantes chez les Romains ; tels étaient les interdits *de fonte*, *de itinere actuque privato*, accordés à celui qui a exercé, comme lui appartenant et d'une façon non vicieuse, la servitude de passage au moins pendant trente jours de l'année qui a précédé le trouble. *De aqua quotidiana et de aqua æstiva*, *de rivis reficiendis*, rendu pour empêcher qu'on ne défendît à celui qui jouissait de la servitude de faire les travaux nécessaires à son exercice.

Il nous reste encore à examiner les deux actions données tant aux propriétaires de servitudes prédiales qu'à ceux de servitudes personnelles ; l'une, l'*actio confessoria*, pour revendiquer une servitude qu'on ne veut pas nous reconnaître, l'autre, l'*actio negatoria*, pour repousser une servitude que nous ne devons pas et qu'on veut nous imposer.

(1) *Vat. frag.*, § 90-93.

### § 1. — Action confessoire.

L'action confessoire est celle qui sert à faire valoir et à protéger un droit de servitude ; le propriétaire soutient, au moyen de cette action, lorsqu'on lui conteste son droit, que la servitude appartient bien à son fonds. Il ne s'agit pas ici de prononcer sur la possession, mais sur le droit lui-même ; la preuve en est que le demandeur peut intenter cette action lors même qu'il est en quasi-possession de la servitude, par cela seul qu'on veut le troubler dans son exercice. On appelait également cette action *vendicatio servitutis*, rappelant ainsi qu'elle était aux servitudes, ce que la revendication était à la propriété et suivait la même procédure. Dans la dernière époque du droit, on put la mettre en mouvement directement *per petitoriam formulam ;* auparavant il fallait se servir de la *sponsio*, et, à l'origine, de la *sacramenti actio*. Deux conditions sont nécessaires pour intenter l'action confessoire : il faut avoir le droit de servitude que l'on réclame, et de plus avoir été lésé par un acte quelconque portant atteinte à l'exercice du droit de servitude tel qu'il a été constitué (1). Le plus souvent l'ac-

(1) L. 10, 19, Dig., *Si serv. vind.*

tion est dirigée contre le propriétaire du fonds servant, mais elle peut l'être aussi contre toute autre personne qui se trouverait dans certaines conditions voulues ; de même aussi qu'il peut arriver qu'elle ne soit pas mise en mouvement par le propriétaire du fonds dominant lui-même, mais bien par une autre personne y ayant intérêt : comme un superficiaire, par exemple, qui, alors, agirait utilement. Celui par la faute duquel le trouble arrive peut, l'action étant arbitraire, être condamné soit à la réparation pure et simple du dommage, soit, en plus, à des dommages-intérêts envers le demandeur, en raison du préjudice causé. Ajoutons que le défendeur qui fait défaut et nie faussement ce qu'on lui impute perd, au profit du demandeur, la possession du droit qu'il a usurpé, et se trouve dans la nécessité, s'il veut encore faire valoir son prétendu droit, de devenir demandeur à son tour.

### § 2. — Action négatoire.

Cette action n'est pas, comme on pourrait le supposer de prime abord, une défense à l'action confessoire ; loin de là, c'est un moyen d'attaque qui a lieu particulièrement lorsque quelqu'un

s'arroge un droit de servitude sur notre propriété. Elle est donnée au propriétaire du fonds ou de la chose et *utiliter* à l'emphythéote et au superficiaire, contre celui qui veut y imposer un droit de servitude, afin de leur permettre de soutenir que ce droit n'existe pas et que le fonds est libre et entier entre les mains du propriétaire. Il est admis par tout le monde que le demandeur doit prouver son droit de propriété, mais il existe une grande controverse sur le point de savoir si c'est à lui de prouver également la non-existence de la servitude. Quelques auteurs tiennent pour l'affirmative, en se basant sur le caractère négatif de l'action. Nous pensons tout autrement, et il nous semble que du moment où il est prouvé qu'on a la propriété pleine sur une chose, il ne reste rien à ajouter (1). En effet, le droit de propriété est exclusif et absolu, de telle sorte que celui qui a fourni la preuve de sa propriété a, par cela même, fourni la preuve que tous les droits composant cette propriété lui appartenaient (2). C'est donc à celui qui prétend limiter d'une façon quelconque cette propriété illimitée, de prouver l'existence du droit qui

(1) L. 10, Cod., *De pign. actio.*

(2) L. 8, 14, Dig., *De probationibus.*—L. 7, § 5, Dig., *De liberali causa.*—L. 15, Dig., *De operis novi nuntiatio.*

produit cette restriction, d'une servitude, par exemple. Il est, du reste, beaucoup plus facile à celui qui se dit possesseur de la servitude de prouver qu'elle existe, qu'au propriétaire de démontrer que sa chose est exempte de toutes les charges, quelles qu'elles soient, qui peuvent peser sur la propriété. Il faudrait, pour arriver à ce résultat, qu'il prenne toutes ces charges une à une et prouve pour chacune d'elles que son fonds en est exempt, ce qui est matériellement presque impossible. Aussi, nous ne voyons pas de raison pour rejeter la règle que nous proposions tout à l'heure, qui nous semble en tout conforme aux principes sur la matière; nous croyons même juste de l'étendre au cas où le défendeur se trouverait avoir la quasi-possession de la servitude. Afin de pouvoir mettre en mouvement l'action négatoire il faut une lésion, mais il n'est nullement nécessaire qu'elle soit grave; ainsi, pour faire déclarer qu'un individu n'a pas un droit de servitude sur notre fonds, il n'est pas nécessaire qu'il soit en possession de ce droit, il suffit qu'il fasse un acte qui nous lèse, quelque minime qu'il soit, et qu'il le fasse en vertu d'une servitude qu'il prétend lui appartenir. Enfin, le défendeur qui ne répond pas à la sommation, ou nie faussement l'usurpation qu'on lui impute, est obligé de prendre, comme dans l'action confes-

soire, le rôle de demandeur s'il désire revendiquer son droit. Il paraît également présumable qu'on peut appliquer à l'action négatoire le principe de l'action publicienne.

# DROIT FRANÇAIS

## DES SERVITUDES

### ÉTABLIES PAR LA LOI

#### PRÉLIMINAIRES

Avant d'aborder le sujet qui va nous occuper, il nous semble nécessaire de parler en quelques mots de la propriété, qui est le droit de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue. C'est un droit qui ne trouve de limites que dans les obstacles que les lois de la nature et les exigences de l'intérêt social opposent à son exercice. Mais si, en principe, le

droit de propriété apparaît avec ce caractère exclusif et absolu, en fait, la volonté de celui qui en est investi peut le modifier de façon à faire participer un autre que lui à la jouissance de quelques-uns des attributs dont se compose ce droit considéré dans son intégrité. Quand un propriétaire use ainsi de la faculté qu'il a de se dépouiller d'une portion plus ou moins étendue de sa propriété pour en investir un autre, le droit de propriété ainsi démontré ne subsiste plus tout entier entre ses mains; il est modifié, restreint au profit de ce dernier. Ces modifications, ces restrictions s'appellent en droit « *servitudes* », expression énergique destinée à peindre l'état d'une chose procurant, contre sa destination de chose soumise au droit de propriété, un avantage à une autre personne qu'à son propriétaire.

Ceci posé, il est urgent, pensons-nous, avant de parler des servitudes qui forment, pour ainsi dire, un droit particulier, de jeter un coup d'œil sur le droit commun de la propriété foncière. Il consiste en une série de limitations que la loi fait subir aux attributs de la propriété immobilière, dans l'intérêt des propriétés immobilières voisines. En l'établissant, le pouvoir social use du droit dont il est investi d'imposer aux membres d'une de ces agrégations humaines,

qu'on appelle un état, la somme de sacrifices nécessaires au maintien de l'agrégation tout entière. Une fois constitué, il a pour résultat heureux d'introduire et de perpétuer entre voisins ces relations pacifiques, bienveillantes, amicales, qu'un régime de liberté absolue aurait bientôt troublées, et de faire régner entre eux ces idées de charité et de tolérance mutuelle sans lesquelles une société n'est pas possible. La loi française, en restreignant ainsi le droit de propriété de chacun dans l'intérêt de tous, a fait entre voisins un véritable traité de paix dont nous allons étudier quelques-unes des clauses telles qu'elles se trouvent écrites dans le titre IV du deuxième livre du Code civil sous le nom de servitudes ou services fonciers.

La doctrine en distingue deux sortes : les unes sont personnelles, les autres réelles. Nous passerons les premières sous silence pour nous occuper seulement d'une partie des autres qui seules retiennent le nom de servitudes. Elles dérivent, d'après le Code, soit de la situation naturelle des lieux, soit de la loi, soit du fait de l'homme.

Cette classification ne nous paraît pas tout à fait exempte de reproches ; et d'abord la distinction des servitudes en légales et naturelles est, croyons-nous, sans intérêt au point de vue de

l'application des règles du droit ; car, ainsi que nous le dit M. Demolombe, « les servitudes qui dérivent de la situation des lieux sont aussi évidemment imposées par la loi qui les consacre, comme pareillement celles qui sont imposées par la loi dérivent elles-mêmes de la situation des lieux puisqu'elles ont pour but de gouverner les rapports des propriétés contiguës. » On voit par là que cette différence n'existe pas en réalité, qu'elle réside tout entière dans les mots et nullement dans les choses. Ainsi, la nécessité de contribuer au bornage des propriétés voisines et la construction des murs de clôture, dans certains cas déterminés, constituent des droits et des obligations d'une nature tout à fait identique et qui auraient dû être compris sous une même rubrique ; cependant, l'obligation de bornage se trouve placée parmi les servitudes naturelles, et celle de contribuer à la construction des murs de clôture figure parmi les servitudes légales.

On peut ensuite contester que la qualification de servitudes convienne à de pures obligations légales, comme celles du bornage et de la mitoyenneté, surtout en présence de l'article 1370 du Code civil, qui fait dériver de l'autorité de la loi les engagements involontairement formés entre propriétaires voisins, et de l'article 651 du même Code, qui appelle obligations ces pré-

tendues servitudes légales. Il est incontestable d'abord que chez les Romains ces sortes d'obligations n'étaient pas considérées comme des servitudes, et si Ulpien se sert quelquefois de ce mot en parlant, c'est simplement au figuré, ainsi qu'il l'explique du reste lui-même. Les jurisconsultes coutumiers, et entre autres Pothier, ont eu bien soin de suivre les errements du droit romain, comme il était rationnellement et philosophiquement juste de le faire; il est impossible, en effet, de considérer comme des servitudes ces restrictions qui résultent pour le droit de propriété et de la situation naturelle des lieux et des dispositions de la loi. Il est vrai que l'opinion contraire nous fait cette objection : Si, dans les servitudes établies par la loi, vous trouvez un fonds dominant, un fonds servant et une charge qui grève l'un au profit de l'autre, vous avez tous les éléments constitutifs d'une servitude et par suite une servitude véritable. Prenons pour exemple la prohibition qui est contenue dans l'article 671 : « Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants ou par les usages constants et reconnus. » N'y a-t-il pas, dans cette hypothèse, deux servitudes corrélatives et bien nettement tranchées, chaque fonds est créancier et débiteur à la fois; car

chacun doit et possède à la fois cette servitude, cette charge imposée ; chaque propriétaire est obligé de se soumettre à cette charge qui pèse sur ses fonds, mais en même temps chaque propriétaire a le droit d'exiger de l'autre pareil accomplissement et pareil respect. Nous ne pouvons, malgré ces arguments, être convaincus. Quel est alors, en effet, le fonds dominant ? Quel est le fonds servant ? Évidemment ni l'un ni l'autre ; car, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, tel est le droit commun de toutes les propriétés, et cette parfaite égalité de position des héritages est, au plus haut degré, exclusive du caractère de la servitude. De plus, aux termes de l'article 544 du Code civil, la propriété étant le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements*, les restrictions apportées à ce droit ne sont pas des servitudes, mais constituent bien, comme nous le disions tout à l'heure, le régime commun de la propriété en France ; ce sont des accessoires inséparables du fonds lui-même qui en consacrent la liberté, telle que le législateur la reconnaît. Et comment concevoir autrement la propriété ? Voudrait-on une jouissance illimitée et sans frein ? Mais ce serait retourner à la barbarie et vouloir, comme résultat final, les dé-

sordres et la guerre qui rendraient impossible toute jouissance et tout exercice du droit de propriété. Nous pensons donc que les obligations appelées par le Code servitudes légales ne sont que la réglementation de la propriété par le législateur dans l'intérêt égal de chacun des propriétaires et aucunement des servitudes, ainsi que le veut l'opinion contraire. Il est vrai toutefois qu'il existe un caractère commun aux charges personnelles qui souvent sont l'accessoire d'une servitude véritable, ainsi qu'aux engagements légaux qui figurent dans le Code sous le nom de servitudes légales et naturelles, c'est-à-dire qu'on n'est jamais tenu des uns et des autres que « *propter rem* », et qu'il est toujours possible de s'y soustraire par l'abandon du fonds servant. Mais cette considération qui peut expliquer comment les rédacteurs du Code ont admis une pareille classification ne suffit pas pour la justifier.

Quoi qu'il en soit, ne pouvant réformer le Code, nous devons en étudier les dispositions relatives aux servitudes ainsi définies par l'article 637 : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage appartenant à un autre propriétaire. » Ainsi, pour qu'il y ait servitude, il faut qu'il y ait un fonds dominant, qui profite de la charge imposée à un autre fonds, appelé généra-

lement fonds servant. Nous ne pouvons toutefois embrasser l'étude de toutes les obligations appelées servitudes par la loi, étude qui offre un champ très-vaste et presque sans limites ; aussi, pour ne pas dépasser les bornes qui conviennent à un ouvrage tel que celui-ci, nous contenterons-nous d'examiner ce qui a trait aux servitudes établies par la loi, laissant de côté ce qui concerne les servitudes dérivant de la situation des lieux et celles qui sont établies par le fait de l'homme ; mais, auparavant, il nous faut passer en revue quelques principes généraux indispensables à connaître.

Remarquons tout d'abord que les servitudes, constituées sur un héritage pour l'utilité ou l'agrément d'un autre héritage, ont le même caractère de perpétuité que le fonds lui-même, dont elles sont des dépendances et des qualités souvent fort importantes et qui jouent un grand rôle dans la pratique. Souvent, en effet, de l'existence d'une servitude peut dépendre la réussite d'entreprises agricoles ou industrielles, qui, sans elle, n'auraient fait que végéter. Aussi le législateur, comprenant bien ce rôle important et soucieux de ne pas le restreindre, a-t-il fait, en faveur des servitudes, en les rendant perpétuelles, une exception à cette grande règle de la législation moderne, qui n'admet pas de

démembrements perpétuels du droit de propriété.

Il est vrai, toutefois, que s'il arrive souvent que l'avantage que retire un fonds de l'existence d'une servitude est presque incalculable et nullement en comparaison avec le tort qu'elle cause aux voisins ; il faut bien convenir, par contre, que les servitudes sont une source de contestations et de procès, souvent fort dispendieux. Mais quelle chose ici-bas n'a pas son mauvais côté !

Les servitudes, à la différence des droits d'usufruit et d'usage, qui peuvent être établis sur des meubles et des immeubles, ne sauraient l'être que sur des immeubles au profit d'autres immeubles ; et cela se comprend, puisqu'il n'y a que cette classe de biens dont la situation, par rapport les uns aux autres, reste permanente.

Notons enfin, en passant, que le législateur, pour ne pas blesser les susceptibilités de l'époque, appela tout d'abord les droits dont nous nous occupons « *services fonciers* », bien que plus loin, dans le même titre, entraîné par l'habitude, il se soit servi du mot « *servitude.* » Il a eu soin aussi de nous avertir que la servitude n'établissait aucune prééminence d'un héritage sur l'autre, vérité que, dans l'état actuel de la législation, il était inutile d'énoncer.

Ceci posé, nous allons nous occuper des servitudes établies par la loi qui ont pour objet, d'après l'article 649, l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers. Nous n'étudierons que les servitudes comprises dans la seconde partie de cette définition, qui ont pour but l'utilité des particuliers, laissant de côté celles dont fait mention l'article 650 et qui sont plutôt du ressort du droit public et administratif que de celui du droit civil proprement dit.

C'est à l'article 652 qu'il nous faut recourir pour avoir la nomenclature des servitudes que la loi a établies dans l'intérêt des particuliers. Cet article est conçu en ces termes : « Partie des obligations établies par la loi est réglée par les lois sur la police rurale ; les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage. » Nous pouvons, d'après ce texte, formuler une division en cinq parties correspondant aux cinq servitudes qui y sont énumérées; plus un chapitre spécial concernant la distance à observer pour la plantation des arbres et des haies vives, matière qui, croyons-nous, doit être traitée à part. Enfin, avant d'aborder cette étude, il nous faut rechercher s'il n'existe pas encore d'autres servitudes établies par la loi dans l'in-

térêt des particuliers ; nous aurons donc en tout sept chapitres ainsi répartis :

Chap. I. Existe-t-il encore d'autres servitudes d'utilité privée en dehors de celles établies par l'article 652 ?

Chap. II. De la mitoyenneté.

Chap. III. De la distance à observer pour la plantation des arbres et des haies vives.

Chap. IV. De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

Chap. V. Des vues sur la propriété du voisin.

Chap. VI. De l'égout des toits.

Chap. VII. Du droit de passage.

# CHAPITRE I.

## EXISTE-T-IL ENCORE D'AUTRES SERVITUDES D'UTILITÉ PRIVÉE EN DEHORS DE CELLES ÉTABLIES PAR L'ARTICLE 652.

La question fort importante et fort controversée que nous devons résoudre avant d'aborder l'étude des différentes servitudes légales consiste à rechercher s'il en existe encore d'autres établies par la loi, dans l'intérêt des particuliers, que les cinq que nous avons énumérées plus haut.

Une première opinion soutient que tout fait quelconque d'un propriétaire, qui cause un dommage ou même prive simplement d'un avantage son voisin, permet à ce dernier de réclamer des dommages-intérêts.

Une seconde opinion, aussi radicale en sens complètement opposé, prétend, en s'appuyant sur l'article 544, Code civil, que tout est permis à un propriétaire sur son propre fonds, en tant, bien entendu, qu'il respecte les prohibitions écrites dans la loi.

Nous ne saurions accepter ni l'une ni l'autre de ces deux solutions, qui nous semblent trop absolues ; aussi, empruntant à chacune d'elles quelques principes, nous arrêterons-nous à une opinion intermédiaire plus rationnelle et plus conforme, croyons-nous, aux vues du législateur.

De deux choses l'une, en effet, ou bien l'entreprise du propriétaire sur son fonds prive simplement le voisin des avantages dont il avait joui jusque là, ou bien elle lui cause un dommage véritable.

Dans le premier cas, me rangeant du côté de la seconde opinion que j'énonçais tout à l'heure, je prétends que le propriétaire n'est nullement sujet à des dommages-intérêts, lors même que ses travaux auraient pour résultat de priver son voisin de tous les avantages dont il jouissait, fût-ce depuis fort longtemps. C'était la solution romaine, c'était également celle de nos anciennes coutumes, c'est encore celle que nous croyons bonne aujourd'hui, même au cas où le propriétaire aurait eu pour unique but, en exécutant ces travaux, de nuire à son voisin, sans en retirer pour lui-même aucun avantage. Et je ne vois pas même comment on a soutenu le contraire, chez nous surtout, quand l'article 544 nous apprend que le propriétaire a le droit de jouir et de disposer de sa chose de la manière la

plus absolue. Comment, en effet, en présence d'un texte aussi formel, lui demander compte de ses motifs? Il répondrait avec raison: « Que vous importe le mobile qui me pousse? je suis sur mon fonds et ne viole pas la loi, dès lors je ne dois compte de mes actions à personne. »

On est forcé, du reste, d'en arriver, dans le système contraire, à des conséquences absolument inadmissibles : comment, en effet, veut-on découvrir d'une façon certaine et sans crainte de se tromper, la pensée qui a guidé le propriétaire dans la construction de tel mur, cachant la vue du voisin ou dans le forage de tel puits qui lui enlève la source jaillissant sur son fonds. C'est impossible, d'autant plus impossible qu'une fois cette brèche faite à la règle, il n'y a plus de raison de s'arrêter, et la preuve en est que certains auteurs en sont même arrivés à prétendre que tout propriétaire peut être contraint judiciairement, par ses voisins, à adopter tel mode de culture plutôt que tel autre, si celui-ci doit leur être moins nuisible que celui-là, pourvu, toutefois, qu'il semble pouvoir retirer à peu près le même profit de sa chose. Mais, croit-on donc qu'il soit si facile et que le premier venu puisse ainsi se rendre compte de l'avantage ou du désavantage que pourrait éprouver le propriétaire, forcé de

changer une culture qui, peut-être lui rapporte beaucoup, bien qu'elle soit moins agréable aux voisins que telle autre qui, bien que paraissant rapporter autant, serait pour lui dans un temps donné, pour une raison ou pour une autre, une cause de ruine? Aussi, ne saurions-nous adopter ce système, dont le résultat final est de conduire à un arbitraire qui répugne à nos mœurs; nous croyons au contraire qu'il faut laisser au propriétaire liberté absolue, en tant que, respectant les lois d'intérêt public, il ne fait que priver son voisin des avantages dont il jouissait.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'entreprise du propriétaire, exécutée bien entendu sans contravention aux règlements, cause aux voisins un dommage, soit matériel, soit moral, provenant d'une cause quelconque, nous adopterons une solution diamétralement opposée à celle que nous venons d'exposer dans l'hypothèse précédente, bien que deux autres opinions soutenues par d'éminents auteurs soient fort accréditées. L'une distingue entre le dommage réel produisant une altération physique ou une diminution effective de la chose, diminution qui donne lieu à une indemnité, et le dommage moral, c'est-à-dire la dépréciation résultant du voisinage, qui n'engendre pas de dommages-intérêts. L'autre, qui n'est que l'opinion que nous soutenions tout

à l'heure, poussée plus loin, n'admet dans aucun cas la possibilité de l'indemnité.

Quant à nous, nous pensons que tout propriétaire, auquel un établissement industriel, même autorisé, cause un dommage quelconque, peut invoquer l'autorité judiciaire pour se faire allouer une compensation. Ce droit nous paraît consacré de la manière la plus formelle par les articles 1382 et 1383, qui nous disent que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute de qui il est arrivé à le réparer. Quoi de plus juste, en effet? Et qu'on ne vienne pas soutenir que nous amoindrissons ainsi le droit que donne l'article 544, Code civil, à chaque propriétaire de faire sur sa chose ce que bon lui semble; car notre doctrine est au contraire l'éclatante confirmation de ce précepte qui, ainsi que le dit M. Demolombe, « ne définit le droit de propriété que vis-à-vis du droit de l'État et de la cité; aussi est-ce seulement dans ses rapports avec l'ordre public que chaque propriétaire peut faire de sa chose ce que bon lui semble, dès qu'il se conforme aux lois et aux règlements. »

Mais, il en est tout autrement quand on considère le propriétaire dans ses rapports avec ses voisins; il ne peut alors jouir de sa chose

qu'autant qu'il ne leur cause pas de préjudice; s'il en était autrement, chacun voulant exercer la plénitude de son droit, se heurterait au droit rival de son voisin, et la guerre en serait le résultat. La mauvaise interprétation fournie par l'opinion adverse provient de ce qu'on a omis une distinction que l'on ne fait pas, il est vrai, en général, mais qui est cependant fort importante. Les Romains l'avaient bien compris lorsqu'ils disaient: « In suo hactenus alii facere licet, quatenus nihil immitti in alienum; fumi autem sicut aquæ esse immissionem. » Et, en effet, tant que la jouissance ne se manifeste pas à l'extérieur d'une façon désobligeante pour les voisins, qu'elle est *in suo*, elle demeure illimitée, mais aussitôt qu'elle dépasse ces bornes et devient pour les voisins une source de troubles, elle ne doit plus être tolérée. Or, nous n'empêchons pas l'industriel d'exercer son industrie, nous ne restreignons pas son droit de jouissance, nous demandons seulement que lui-même ne vienne pas, sous prétexte de liberté, restreindre la jouissance que nous avons sur notre chose en la dépréciant, soit par la fumée épaisse qu'il nous envoie, soit par l'odeur insupportable dont il nous infecte et devant laquelle nous sommes obligés de fuir, soit même par un dommage purement moral ou d'opi-

nion, comme une dépréciation dans la valeur vénale ou locative.

Dans tous ces cas, les voisins ont une action en dommages-intérêts qui leur est accordée, sans distinction entre le dommage matériel et le dommage moral, dans les termes les plus absolus, par l'article 11 du décret du 15 octobre 1810; et cette disposition est fort juste, car le dommage moral peut être tout aussi considérable que l'autre et en fin de compte se traduit presque toujours par une perte matérielle. Il n'y a qu'un seul cas où peut-être il ne donnerait pas lieu à une indemnité, c'est alors qu'aucune incommodité directe et extérieure n'étant constatée, il y a seulement danger éventuel d'explosion ou d'incendie. Quant à la simple possibilité du préjudice, c'est l'autorité administrative qui l'a pesée et appréciée; c'était son rôle, et dès que son appréciation a été favorable à l'établissement de la chose qui pourrait devenir dommageable, il n'y a plus à réclamer.

Remarquons toutefois que le propriétaire qui réclame n'a pas dû nécessairement s'opposer, pendant l'instruction administrative, à ce que l'autorisation fût accordée; il n'importe même pas que sa demande, s'il s'y était opposé, ait été rejetée; car, dans le premier cas, il pouvait être absent et, dans le second, l'autorité adminis-

trative ayant pu se tromper et ne désirant pas étouffer, tout au contraire, le droit et les plaintes légitimes des voisins, puisqu'elle cherche à les préserver, leur permet toujours de faire valoir leurs réclamations.

Nous devons rechercher maintenant quelle est l'autorité compétente pour connaître de ces questions. Est-ce l'autorité administrative ou l'autorité judiciaire? Nous n'hésitons pas à penser que ce sont les tribunaux qui devront en être saisis, nous basant, pour soutenir cette opinion, sur le décret du 15 octobre 1810, article 11, dont nous avons déjà parlé, et qui dit positivement que les dommages-intérêts seront arbitrés par les tribunaux. Puis, les lois des 28 septembre, 6 octobre 1791, titre II, articles 15 et 16, décrètent textuellement ce même principe de responsabilité civile pour les moulins et autres usines, établis sur les cours d'eau, avec l'autorisation administrative. Or, dès qu'il en est ainsi pour ces sortes d'établissements, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les autres ?

Tout ceci, du reste, est très-conforme aux principes; car l'autorisation administrative n'est jamais accordée que sous la réserve des droits des tiers et qu'à cette condition, que l'établissement ne causera pas de dommages aux voisins. Si les mesures prises par l'administration dans

le but de préserver les propriétés environnantes ne sont pas suffisantes, les particuliers conservent toujours le droit de recourir à la loi civile, qui viendra à leur secours, sans toutefois que son pouvoir puisse aller jusqu'à décréter la suppression de l'établissement qui, étant autorisé, doit rester, mais à condition seulement de dédommager les personnes qui auraient à souffrir de sa proximité; peu importe, au reste, entre quelles espèces de propriétés s'élève le conflit, qu'elles soient agricoles et industrielles, ou industrielles toutes les deux, ou même l'une autorisée et l'autre pas, ou enfin qu'elles le soient toutes les deux, la règle est la même et ne distingue pas.

Tout ce que nous venons de dire n'a trait qu'aux établissements dont se sont occupés le décret du 15 octobre 1810 ou des dispositions postérieures, pour les diviser en trois classes. Quant à ceux qui ne sont pas classés, nous pensons, contrairement à une opinion qui prétend voir dans le fait qu'ils ont été laissés de côté, la meilleure de toutes les autorisations, que la latitude d'appréciation des tribunaux est beaucoup plus étendue; en ce sens que, n'étant pas embarrassés par une autorisation, ils peuvent non-seulement allouer des indemnités, mais encore, s'ils le jugent convenable, faire exécuter des

travaux pour prévenir le renouvellement du dommage ou même interdire complétement l'exploitation ou l'industrie, lorsque le préjudice causé aux voisins est trop considérable et qu'on ne pourrait y remédier autrement.

Telle est, pensons-nous, la théorie la plus équitable, la plus conforme en même temps aux vrais principes sur la matière et de laquelle il découle naturellement que les seules servitudes légales sont les cinq que nous avons énumérées plus haut. Une seule question nous reste encore à examiner sur cette matière, c'est celle de savoir dans quels cas il y a lieu d'allouer des dommages-intérêts.

C'est là, croyons-nous, une question de fait dont la solution, dépendant beaucoup des circonstances, doit être laissée à la sagesse des magistrats qui, pour apprécier l'opportunité de la demande, prendront en considération la bonne ou la mauvaise foi de celui auquel on reproche le fait dommageable, le degré d'attention qu'il a mis à éviter de faire tort au voisin. La situation des lieux ne doit pas être négligée non plus, car souvent elle présente une importance de premier ordre. Il en est de même de la préoccupation, c'est-à-dire de l'antériorité de possession et d'existence, qui doit, comme dans nos anciennes coutumes, être aussi d'un grand poids dans leurs

décisions, et cela se comprend facilement ; car celui qui s'établit le dernier a dû, avant de se fixer, bien considérer et peser les avantages et les désagréments de la situation qu'il choisit. Si, par exemple, un blanchisseur s'établit auprès d'une usine et que plus tard il se plaigne que la suie et la fumée salissent son linge, on ne pourra prendre en considération ses réclamations ; si, en effet, ses toiles sont détériorées, il ne peut s'en prendre qu'à lui seul de s'être fixé en cet endroit qui ne lui convenait pas, et nullement au propriétaire de l'usine, qui était là avant lui et ne l'a pas engagé à y venir. Les magistrats devront, enfin, tenir compte, pour se guider, d'une distinction très-ancienne, puisque la loi 8, Dig., *Si serv. vind.*, la contient implicitement, qui consiste à mettre, d'un côté, les inconvénients ordinaires, qui sont la conséquence inévitable de tout voisinage, et auxquels il est nécessaire de se soumettre lorsqu'on désire vivre auprès de ses semblables, et de l'autre les inconvénients extraordinaires et imprévus, qui sont tels, que le dommage qui en résulte excède évidemment, comme le dit la Cour de Cassation, la mesure des obligations ordinaires du voisinage. Les premiers, par suite de la liberté nécessaire à l'industrie pour s'exercer, doivent être tolérés, bien que souvent ils soient fort désagréables, comme le

voisinage d'un cabaret ou le bruit d'une forge, mais dans une mesure raisonnable, toutefois, sans quoi on retomberait dans les inconvénients de la seconde catégorie, qui, eux, ne sauraient être tolérés et donneraient lieu à des dommages-intérêts; tels seraient, par exemple, la fumée chargée de suie qui s'échapperait d'une fabrique et viendrait s'abattre sur les toiles qu'un blanchisseur a coutume d'étendre sur ses prairies, ou bien encore le bruit intolérable causé par une usine.

Aux magistrats incombe encore la tâche de fixer la quotité des dommages-intérêts et la manière dont ils doivent être alloués, en capital ou en intérêts annuels, soit pour le passé, soit même pour le futur, dans le cas où le dommage continuerait à se produire. Ici se présente la question de savoir comment ils doivent décider lorsque, dans l'hypothèse que nous avons examinée plus haut, le dommage n'étant pas encore effectivement réalisé est cependant imminent. Il nous semble que la crainte perpétuelle et constante d'un accident est un mal actuel, dont la réparation doit tomber sous le coup des articles 1382 et 1383. Cette crainte, en effet, nous tient toujours en éveil et peut nous empêcher de faire, sur notre fonds, les améliorations que nous voudrions, ou nous forcer à prendre des précautions qui peuvent

être onéreuses. Nous croyons donc qu'on aura, dans ce cas, le droit d'agir immédiatement, sans attendre que le dommage se réalise. Telle, du reste, était la solution de notre ancien droit et du droit romain, solution à laquelle nous ne voyons pas de raisons de déroger.

Passons maintenant à l'étude détaillée des servitudes légales, dont nous avons déjà parlé plus haut et que nous allons examiner en suivant l'ordre du Code.

# CHAPITRE II.

## DE LA MITOYENNETÉ.

La rubrique de ce chapitre a une signification plus étendue que celle de la section I^re^ du Code sur le même sujet, rubrique qui n'est peut-être pas irréprochable en ce sens qu'elle est trop restreinte, le Code ne se bornant pas, en effet, à y parler du mur et du fossé mitoyens, mais encore des haies, de la distance requise pour la plantation des arbres et même du cas où les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires. Ce titre « De la mitoyenneté », dont la signification beaucoup plus étendue comprend tous les sujets de ce chapitre, nous a semblé préférable. Nous conserverons cependant l'ordre du Code, nous bornant seulement, pour plus de clarté, à séparer les différents sujets qui y sont contenus et que nous traiterons successivement.

## SECTION I.

### DU MUR MITOYEN.

#### § 1. — Quand un mur est-il mitoyen.

Les mots mitoyen, mitoyenneté sont, selon les uns, un composé des deux pronoms, moi, toi, indiquant que la chose mitoyenne appartient à la fois à deux propriétaires. Ils dérivent, selon d'autres, de moitié ou *mitan*, mots signifiant milieu. Ne sachant quelle est la meilleure étymologie, nous laisserons à de plus savants, le soin d'élucider cette grave question.

Mais, s'il n'est pas indispensable de connaître l'origine de ce mot, il n'en est pas de même de sa signification, qu'il nous faut étudier. La mitoyenneté qui a pris naissance, non dans le droit romain, où il ne pouvait en être question à cause de l'espace libre qu'on laissait habituellement autour des héritages, mais dans nos anciens pays coutumiers et principalement dans ceux de Paris et d'Orléans, est une véritable communauté dont les règles concordent souvent avec celles de la communauté ordinaire, mais qui en a aussi de particulières qui lui sont diamétralement opposées quelquefois. C'est ainsi

qu'il est défendu à tout propriétaire d'une chose mitoyenne d'en demander, contre le gré de l'autre, le partage ou la licitation ; cela ressort clairement de l'article 656, duquel il résulte que l'abandon de la mitoyenneté est le seul moyen donné au propriétaire, pour se dispenser de contribuer aux réparations ou reconstructions. D'un autre côté, les modes d'acquisition forcée, les genres de preuves, les présomptions sont tout autres également ; enfin, quelques-uns du moins des effets de la mitoyenneté diffèrent de ceux de l'indivision ordinaire : tel est par exemple le droit que possède chaque propriétaire, de retirer de la chose mitoyenne, tous les services qu'elle peut rendre, d'après sa destination habituelle, et quand même il serait obligé pour cela d'y opérer quelques changements.

Ainsi, le mur mitoyen est celui qui appartient indivisément aux deux propriétaires, de telle façon que chaque parcelle qui le constitue est la propriété commune de tous les deux. Il faut donc, pour qu'un mur soit mitoyen, ou qu'il ait été bâti à frais communs par les deux voisins, ou que bâti par l'un, l'autre en ait acquis la mitoyenneté en payant au premier une somme déterminée. Ceci est facile à concevoir en théorie ; mais comment arriver, en pratique, à établir que les voisins ont bâti le mur à frais communs

ou que l'un en a acheté la moitié à l'autre, qu'il est mitoyen, en un mot? On y arrive de trois manières, soit par titre, soit par les présomptions légales écrites dans l'article 653, soit enfin par suite de la possession d'état continue qui engendre la prescription.

*Premier mode.* — De la mitoyenneté par titre, nous n'avons presque rien à dire : la seule hypothèse qui puisse, au premier abord, paraître quelque peu difficile, mais dont la solution ne nous retiendra pas bien longtemps, est celle où un titre fournirait la preuve de la mitoyenneté d'un mur qui, d'un autre côté, porterait des marques certaines de non-mitoyenneté. Nous pensons que, dans ce cas, le mur doit être déclaré mitoyen; car les marques de non-mitoyenneté ne sont qu'une simple présomption établie par la loi en faveur de l'un des propriétaires voisins, pour arriver à déterminer la qualité du mur en l'absence d'autres preuves plus certaines, comme celles provenant d'un titre, par exemple, contre lesquelles elles ne sauraient prévaloir, quelque respectables qu'elles soient d'ailleurs. Et il importerait peu que les marques de non-mitoyenneté existassent depuis plus de trente ans, à partir de la date du titre; car de deux choses l'une : ou elles existaient avant lui,

et alors ce dernier leur a ôté toute la force probante qu'elles pouvaient avoir, tellement que, si elles existent encore, c'est par pure tolérance; ou elles lui sont au contraire postérieures, et ici encore le résultat sera le même, car on ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession. Remarquons, toutefois, qu'il en serait autrement si le propriétaire qui a mis, trente ans, ou plus auparavant les marques de non-mitoyenneté, les avait en même temps signifiées à son voisin.

*Second mode.* — On peut aussi, pour établir la mitoyenneté d'un mur, se prévaloir des présomptions que la loi établit, en vertu de sa toute-puissance, dans l'article 654, Code civil, ainsi conçu : « Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné. — Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets ou corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur; — dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux ou filets de pierre. » Ce mode nous retiendra plus longtemps que le premier ; car il nous faudra passer successivement en revue plusieurs hypothèses controversées.

Mais auparavant remarquons que les présomptions établies par la loi sont très-rationnelles, puisqu'elles sont fondées sur l'observation et l'expérience qui démontrent chaque jour que l'homme agit, en général, dans le sens le plus conforme à ses intérêts. Notons aussi que c'est surtout dans les villes que ces présomptions acquerront le plus de force; là, en effet, chacun étant, d'après l'article 653, obligé de se clore, forcera naturellement, afin d'éviter des frais, son voisin à construire, par moitié, le mur qui devra les séparer.

Une première hypothèse concerne le mur servant de séparation entre deux bâtiments; qu'ils soient situés à la ville ou à la campagne, affectés ou non à la même destination, la loi ne distingue pas, le mur sera mitoyen jusqu'à l'héberge (vieux mot qui signifie toit) et même au-delà, en supposant qu'il la dépasse. Le cas dans lequel les deux toits sont de même hauteur est fort simple et n'offre pas de difficultés, mais que décider lorsque l'élévation des toits est inégale et que, bien entendu, il n'existe pas de titre établissant la mitoyenneté du mur dans toute sa hauteur; car, alors, il n'y aurait plus de question? Nous pensons que la mitoyenneté n'existe que jusqu'à l'héberge la moins élevée; car, au-dessus, le mur ne servant plus à la séparation des bâti-

ments, mais seulement de soutien au plus élevé, il est présumable que le propriétaire inférieur n'a pas contribué à sa construction. La même solution devrait être adoptée si une partie du mur excédait le toit du bâtiment le plus élevé, au propriétaire duquel elle appartiendrait comme reposant sur sa chose.

Dans l'hypothèse où le toit inférieur, au lieu d'être droit, s'abaisserait d'un seul ou des deux côtés, il nous semble raisonnable et conforme au texte de l'article 653 de décider que la mitoyenneté suivra l'inclinaison du toit ; car, de deux choses l'une : ou le propriétaire inférieur a construit le premier, et alors il est évident qu'il n'a élevé son mur qu'à la hauteur de son toit, en lui donnant la même direction ; ou, le bâtiment supérieur étant le plus ancien, il est clair également qu'il n'aura acheté que la mitoyenneté de la partie qui lui était strictement nécessaire pour sa construction. Il en serait de même, croyons-nous, pour le mur le long duquel s'élèverait la cheminée du voisin, et cette partie seulement serait mitoyenne sur laquelle s'appuierait le tuyau de la cheminée.

Lorsque d'un côté il existe un bâtiment, et de l'autre seulement des traces prouvant qu'il en a existé autrefois, nous adoptons l'avis de Pothier, qui nous dit que ces vestiges font présumer la

communauté du mur jusqu'à la hauteur où ils se trouvent. Si, au contraire, il n'y avait pas de traces, le mur ne serait pas mitoyen, lors même que du côté opposé au bâtiment il y aurait une cour ou un jardin entourés de murs ; cette solution repose sur l'article 653, qui établit la présomption de mitoyenneté dans deux hypothèses seulement, entre bâtiments d'abord, entre cours et jardins ensuite, et entre enclos dans les champs, c'est-à-dire entre terrains bâtis ou non bâtis, mais jamais entre bâtiments d'un côté et enclos de l'autre ; or, il ne nous est pas permis d'étendre les présomptions créées par le Code, qui sont de droit étroit ; donc, il ne peut être ici question de mitoyenneté, et cela sans distinction entre les villes et les campagnes. Ajoutons que cet argument de texte est corroboré par la raison qui nous démontre que le mur est une partie intégrante et essentielle du bâtiment, sans laquelle il ne pourrait exister, et qui, par suite, doit appartenir au propriétaire de l'immeuble.

Enfin, supposons deux propriétaires dont les maisons sont séparées par un même mur, sans qu'aucun des deux ait de titres qui combattent la présomption de mitoyenneté, l'un pourra-t-il assigner l'autre aux fins de s'entendre condamner à enlever la partie du toit qui repose sur le mur, ou du moins à acheter la mitoyenneté ; car,

dit-il, ma maison est fort ancienne, et la vôtre n'ayant pas trente ans de date, le mur doit m'appartenir? Nous le croyons; car, dans le cas d'une construction récente adossée à un mur appartenant exclusivement à un voisin, il faut, pour que l'autre voisin en acquière la mitoyenneté, qu'il paie la moitié de sa valeur. Or, le propriétaire ayant trente ans pour réclamer ce paiement, on ne devra pas le déposséder, parce qu'il ne l'aura pas encore exigé, bien qu'un laps de temps déjà long se soit écoulé depuis l'achat. Par suite il ne peut y avoir, dans notre cas, de présomption de mitoyenneté.

L'article 653 présume, en second lieu, que tout mur servant de séparation entre cours et jardins est mitoyen. Il n'existe pas de difficulté lorsque le mur sépare une cour d'une autre cour ou un jardin d'un autre jardin, c'est l'hypothèse de l'article, et le mur est toujours mitoyen; mais la controverse commence lorsque le mur sépare un jardin d'une cour; dans ce cas, en effet, quelques auteurs ont pensé que le mur n'était pas mitoyen et devait appartenir en entier au propriétaire de la cour qui a plus de raison, disent-ils, d'être close qu'un jardin. Nous ne sommes pas de cet avis; nous pensons, au contraire, que l'article 653 ne doit pas être entendu avec cette grande rigueur grammaticale; il ne nous paraît

pas aussi formel qu'on a bien voulu le dire, et porte « entre cours et jardins » ; non entre deux cours ou deux jardins. Nous ne voyons pas, du reste, que le propriétaire d'une cour ait plus d'intérêt à se clore que celui d'un jardin qui aura des légumes et des arbres à protéger contre les voleurs ou la dent des animaux. Or, si l'intérêt est le même, le mur, qu'il se trouve à la ville ou à la campagne, devra être déclaré mitoyen, ce qui, selon nous, est la présomption du Code, et cela lors même que l'un des héritages serait clos de murs de tous côtés et que l'autre ne le serait que de haies ou même ne le serait pas du tout, car le texte ne distingue pas.

Quand le mur sert de séparation entre héritages se trouvant dans les champs, la présomption légale étant plus restreinte, la mitoyenneté n'est présumée que lorsque ces héritages sont enclos, c'est-à-dire entourés de tous côtés soit de murs, soit de haies. Cela se conçoit; car on n'a pas là le même intérêt à éviter les soustractions, qui seront toujours d'une valeur très-minime, et la vue des voisins. Mais, objecte-t-on, si d'un côté vous avez un parc entouré de murs élevés et solides, et de l'autre un tout petit champ clos seulement par d'humbles palissades, ferez-vous payer au propriétaire de ce dernier la moitié du mur et absorber ainsi le minime

profit qu'il retire de son champ ? Sans doute ce résultat serait fâcheux, et un propriétaire riche qui agirait ainsi ne mériterait guère l'estime des honnêtes gens ; mais, enfin, la loi est là, qui ne peut prendre en considération de semblables hypothèses, lesquelles, du reste, ne se présenteront que très-rarement, pour ne pas dire jamais. Or, la loi dit : « Est présumé mitoyen tout mur séparant deux enclos dans les champs. » Dans l'hypothèse, les deux héritages sont enclos ; donc le mur qui les sépare est mitoyen.

Nous en arrivons à la quatrième hypothèse, qui s'occupe des murs situés dans les champs, entre deux fonds non clos et qui, ne rentrant pas dans les présomptions établies par l'article 653, ne doivent pas, selon nous, être regardés comme mitoyens. Mais s'il n'y avait pas de marque ou de titre établissant la propriété exclusive de ce mur, au profit de l'un des voisins, il n'en faudrait pas moins le présumer commun, puisqu'il n'y aurait pas de raison de l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre.

Que décider enfin en ce qui concerne les murs de soutènement ou de terrasse ? Nous nous plaçons bien entendu dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de titre et où il ne serait pas prouvé dans l'intérêt duquel des propriétaires le mur a été construit. Nous croyons qu'il faut distinguer

entre le mur de soutènement ne s'élevant qu'au niveau du sol supérieur et celui qui au contraire s'élevrait au-dessus. Dans le premier cas, le mur appartient en entier au propriétaire du fonds supérieur, comme faisant partie intégrante de son sol et aussi parce que l'article 653 ne déclare mitoyens que ceux servant de séparation entre deux héritages, ce qui n'est pas ici le cas. Dans la seconde hypothèse, le mur tout entier est mitoyen, comme formant clôture ; et n'est-ce pas rationnel? Quand, en effet, le mur de soutènement s'élève au-dessus du sol supérieur le mur entier est mitoyen ; car la partie supérieure à partir du sol le plus élevé est mitoyenne, d'après l'article 653, comme formant séparation entre des héritages; or, d'après les principes, un mur mitoyen ne pouvant reposer sur un mur non-mitoyen, la partie inférieure doit également être présumée mitoyenne, c'est du reste l'opinion de presque tous les auteurs. Mais le même accord est loin de régner sur le premier point. Lorsque le mur ne s'élève pas au-dessus du sol supérieur, nous pensons qu'il appartient exclusivement dans ce cas au propriétaire de ce sol ; car c'est lui qui a le plus d'intérêt à le faire construire pour soutenir ses terres. Il importe peu, en effet, au propriétaire inférieur que le sol s'écroule ; car sa propriété ne sera pas diminuée, il bé-

néficiera même des terres provenant de l'éboulement; dès lors, il est peu probable qu'il contribue à la construction du mur de soutènement, à la propriété duquel, par conséquent, il ne saurait prétendre, à moins d'un titre contraire.

*Troisième mode.* — Nous avons vu que la preuve de la mitoyenneté d'un mur pouvait dériver d'un titre et des présomptions établies par la loi; il nous reste encore à parler d'un troisième mode par lequel la mitoyenneté peut être acquise: c'est la prescription. Remarquons simplement que les faits de possession y donnant lieu doivent être bien caractérisés et ne pas consister en de simples tolérances de voisinage qu'on souffre toujours.

### § 2. — De la non-mitoyenneté des murs.

Lorsqu'un mur n'est pas construit sur le bord extrême d'un héritage et qu'il n'y a pas, au-delà, de langue de terre le séparant du fonds voisin, qu'en un mot il divise les deux fonds, nous avons vu qu'il était mitoyen et que la mitoyenneté s'établissait de trois façons; nous allons maintenant étudier les trois choses qui peuvent la faire disparaître, le titre et les marques contraires, l'effet des prescriptions.

Quant au titre, rien de plus simple, il s'agit seulement de s'en rapporter à ce qui s'y trouve énoncé ; car on est alors en présence d'un fait incontestable qui fait évanouir toutes les présomptions. Le titre devrait, en général, pour produire effet, émaner des deux voisins qui y auraient figuré contradictoirement, mais nous ne croyons pas qu'il serait absolument sans valeur s'il consistait en un titre simple énonçant la contenance du fonds dans laquelle la totalité du mur serait comprise ; dans ce cas, en effet, il corroborerait le dire de celui qui l'invoque et rendrait très-vraisemblable sa prétention.

Les marques de non-mitoyenneté sont énumérées dans l'article 654, ainsi conçu : « Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté et présente de l'autre un plan incliné ; — lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon, ou des filets ou corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur ; — dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. » C'est cet article qui va nous guider dans notre étude sur les marques de non-mitoyenneté qui résultent de l'état matériel du mur et de la forme extérieure de sa construction,

et d'où le législateur conclut que celui-là est propriétaire du mur qui, seul, en supporte les inconvénients ou en recueille les avantages.

Les marques de non-mitoyenneté qui, par leur nature, s'appliquent tantôt au mur entier, tantôt à une certaine partie seulement, sont de deux espèces : 1° lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté et présente de l'autre un plan incliné, le mur est présumé appartenir tout entier au propriétaire du côté duquel est l'égout, car il est censé avoir voulu ou avoir dû recevoir toute l'eau qui tombe sur son mur ; 2° le mur appartient encore en entier à celui du côté duquel il y a un chaperon, des filets ou corbeaux en pierre qui y auraient été mis, lors de sa construction.

Le chaperon est le toit du mur, formé, en général, de matériaux autres que ceux du mur lui-même. Les filets, ou larmiers, sont des moulures qui font saillie au bas du chaperon, afin de rejeter l'eau à quelque distance du mur. Les corbeaux, enfin, sont des pierres faisant saillie et laissées dans le mur, dans le but de soutenir des poutres et d'en augmenter la portée lorsque, plus tard, on voudra bâtir. Il ne faut pas les confondre avec les pierres d'attente qui font également saillie, mais à l'extrémité seulement des murs, et qui sont destinées à relier le nouveau

bâtiment que l'on construira à l'ancien. Ces pierres ne sauraient servir de marques de non-mitoyenneté ; il serait, en effet, absurde que celui qui ne possède pas la maison fût propriétaire unique de l'un des murs. Les corbeaux doivent, d'après l'article 654, être de pierre et mis en bâtissant le mur ; s'ils l'ont été après coup, le propriétaire du côté opposé pourra, dans l'année, intenter l'action possessoire et demander le rétablissement des choses en leur état primitif. S'il a laissé passer ce délai, il aura trente ans pour demander, au moyen de l'action pétitoire, la suppression de ces marques ; plus tard, il ne serait plus temps, et on les considérerait comme faites à la même époque que le mur lui-même.

Si le mur, au lieu d'avoir des marques d'un seul côté en avait des deux, faut-il en conclure qu'il est mitoyen ? Nous ne le pensons pas, bien que ce soit la solution ancienne, car de deux choses l'une, ou le mur se trouve dans les conditions nécessaires pour être, d'après l'article 653, présumé mitoyen et alors les marques sont inutiles. Ou bien il s'agit d'un mur auquel les présomptions de l'article 653 ne peuvent pas s'appliquer et, dès lors, il ne saurait être légalement présumé mitoyen, puisque les présomptions étant de droit étroit on ne saurait en établir en dehors de cet article.

Ici se place la question fort controversée de savoir si l'article 654 est limitatif ou s'il est permis de reconnaître des marques de non-mitoyenneté, autres que celles qu'il indique. Trois opinions sont en présence ; la première dit non ; la seconde oui jusqu'à 150 fr., non au-dessus. Enfin la troisième que nous adoptons admet l'affirmative quelle que soit la valeur, et, en effet, l'article 653, qui établit la présomption de mitoyenneté, réserve expressément la preuve qui peut résulter de la marque du contraire : donc toute marque sera admissible, et l'article 654 confirme cette opinion, car rien dans sa forme n'est limitatif ; il vient simplement, pour faciliter la tâche du magistrat, donner quelques exemples de ce que peuvent être ces marques contraires. Cette opinion nous paraît logique ; car il serait bien dur de dépouiller un propriétaire, par cela seul que les marques de l'article 654 seraient remplacées sur son mur, par d'autres, dont on se sert encore dans la province où il habite, tant l'habitude en est enracinée.

Nous admettons ici, en ce qui concerne le conflit entre les titres et les présomptions de non-mitoyenneté, ce que nous avons admis déjà lorsque nous avons parlé des titres et de la mitoyenneté. Le titre, pensons-nous, doit toujours l'emporter sur les présomptions. Mais par quels

modes ou preuves pourra être combattue la présomption de non-mitoyenneté ? Par titre d'abord, cela va sans dire et aussi par d'autres circonstances ; car le Code qui, dans l'article 653, dispose que la présomption de mitoyenneté pourra être combattue par des titres ou des marques du contraire, n'indique aucun mode spécial de preuves pour combattre la présomption de non-mitoyenneté qui en résulte; donc elle peut l'être de toute façon.

En troisième lieu, enfin, la non-mitoyenneté s'acquiert par la prescription, en vertu de laquelle un voisin prétend avoir acquis la propriété exclusive du mur. La question étant la même pour les haies et fossés que pour les murs, nous allons la résoudre dès à présent pour n'avoir plus à y revenir. La prescription est un mode d'acquérir la propriété des haies, murs, fossés en général ; or, pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas qui nous occupe, puisque rien ne s'oppose à ce qu'un communiste acquière de cette façon le droit de son coassocié. Il faut, bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, que les faits de possession soient bien certains et ne permettent pas d'équivoque ; ce qui arriverait dans le cas, par exemple, où l'un des voisins aurait seul abaissé la hauteur du mur, primitivement mitoyen, ou l'aurait seul réparé. Nous avons déjà vu qu'un

voisin peut également, en sens inverse, acquérir par la prescription la mitoyenneté d'un mur, d'une haie ou d'un fossé qui auparavant ne l'étaient pas ; mais ici encore les faits de possession doivent être bien caractérisés et ne pas appartenir à cette classe de relations de bon voisinage que l'on tolère toujours. On peut aussi acquérir la propriété d'un mur, haie ou fossé, appartenant exclusivement à son voisin.

La possession exclusive que nous venons d'étudier, pouvant servir à établir la prescription dans notre cas, doit pouvoir également servir aux actions possessoires, de telle sorte que celui qui aurait possédé le mur, le fossé ou la haie, l'an et jour requis, devrait être maintenu au possessoire. Ceci, je crois, est incontestable. Remarquons seulement que la présomption légale de mitoyenneté ne sera pas vaincue par la présomption de propriété qui n'existe que jusqu'au moment où le propriétaire prouve, au moyen d'un titre ou des marques de non-mitoyenneté elles-mêmes, qu'il est véritablement propriétaire.

### § 3. — Des effets de la non-mitoyenneté.

Lorsqu'un mur séparant deux héritages appartient exclusivement à un seul propriétaire, il est en état de non-mitoyenneté, état qui impose au

propriétaire une obligation, mais qui, en même temps, lui accorde un droit corrélatif.

*Obligations.* — L'obligation dont nous voulons parler est écrite dans l'article 661 : « Tout propriétaire joignant un mur a de même la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur totale ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. » Cette disposition, qui est une dérogation à la maxime : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique », est cependant fort sage ; sans elle, en effet, des capitaux considérables et beaucoup de terrain eussent été perdus. Cet article ne contient qu'une simple faculté écrite en faveur de celui qui n'est pas propriétaire du mur. Remarquons en passant que, par propriétaire, nous entendons aussi l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, qui en exercent les droits. Le propriétaire peut, s'il le veut, renoncer à la faculté qui lui est accordée ; seulement, pour être valable, la renonciation devra être faite en termes exprès, clairs et précis ; car la présomption est qu'il n'y aura pas renoncé, et il n'y aurait pas renoncé, par cela seul, par exemple, qu'il se serait engagé à ne pas bâtir

sur son fonds ; car on peut acheter la mitoyenneté d'un mur pour autre chose que pour bâtir.

Le texte de l'article 661 s'applique à toute espèce de murs quels qu'ils soient, qu'ils soutiennent un bâtiment ou servent seulement de clôture. Peu importe que le mur soit construit en pierres de taille, moellons ou boue, etc., qu'il soit situé à la ville ou à la campagne, qu'il soit antérieur ou postérieur à la promulgation du Code, pourvu que ce soit un mur, on peut en acquérir la mitoyenneté ; il faut cependant excepter ceux qui sont placés hors du commerce comme n'étant pas susceptibles de propriété privée et faisant partie d'édifices publics, tels qu'églises, prisons, théâtres. Mais il a été jugé qu'un hôtel de préfecture ne rentre pas dans cette catégorie d'édifices et qu'on peut, par suite, acquérir la mitoyenneté de ses murs. L'article 661 s'applique au mur tel qu'il est et sans qu'il soit besoin de demander le consentement du propriétaire, qui est forcé de consentir à ce que son voisin achète la mitoyenneté, tellement qu'il ne pourrait détruire son mur pour en rebâtir un nouveau, à frais communs, sur la limite même de leurs propriétés ; l'article 661 prévient cette objection en obligeant l'acquéreur de la mitoyenneté à payer la moitié du sol sur lequel le mur est bâti. Il en serait ainsi, même si le

propriétaire avait annoncé déjà l'intention de détruire son mur.

Une autre condition encore est nécessaire pour que la mitoyenneté d'un mur puisse être acquise, il faut qu'il joigne immédiatement le fonds voisin, et cela se conçoit facilement; car, si le propriétaire du mur a laissé de l'autre côté une langue de terre, quelque minime qu'elle soit, il ne serait pas juste d'en faire bénéficier le voisin; il semble même que dans ce cas la mitoyenneté ne puisse être acquise puisque le mur n'est pas à fin d'héritage, exceptons toutefois le cas de fraude où il serait prouvé que c'est uniquement par mauvaise foi que le propriétaire a laissé un espace de terrain d'une exiguité telle qu'il ne saurait servir à quoi que ce soit, si ce n'est à éluder la disposition de la loi. La preuve de cette fraude sera toujours fort difficile à faire, mais en la supposant acquise, nous croyons que le propriétaire pourraît être forcé de céder, à dire d'experts, non-seulement la mitoyenneté de son mur, mais encore la parcelle de terrain qui se trouve de l'autre côté, à moins qu'il n'aime mieux détruire son mur et en reconstruire un autre à frais communs, sur la limite des héritages.

La faculté d'acheter la mitoyenneté d'un mur est accordée sans limites, à toute personne

joignant ce mur et sans qu'aucun délai fatal soit exigé pour la demander. On peut donc, dix, vingt, cent ans même après la construction d'un mur en acheter la mitoyenneté, en se conformant aux préceptes édictés par la loi. Bien plus, on peut, lorsqu'on a perdu la mitoyenneté, rentrer dans son premier droit aux mêmes conditions que si on ne l'avait jamais eu.

Celui qui veut acheter la mitoyenneté d'un mur n'est pas le moins du monde tenu de donner les motifs qui le poussent à cet acte ; car cette faculté est de droit commun et dépend de la seule volonté de l'acquéreur, qui peut l'exercer lors même qu'il y aurait dans le mur des jours de souffrance ou des fenêtres ouvrantes; mais alors la valeur de ces ouvertures devra être déduite du prix total si elles demeurent ouvertes. Une question très-controversée naît à propos des premières d'entre ces ouvertures : le propriétaire qui a acheté la mitoyenneté du mur peut-il les faire boucher ou bien est-il obligé de les souffrir malgré son titre de propriétaire du mur. Une première opinion, que nous n'admettons pas, répond : oui, il devra les conserver ; lorsque le voisin les a ouvertes, il en avait le droit ; or, pour détruire ces ouvrages légalement établis, il faudrait un texte de loi qui, heureusement, n'existe pas.

Cette mesure pourrait, du reste, avoir des résultats déplorables en rendant, par exemple, obscures et inhabitables certaines parties de l'édifice éclairées par ces jours. Ces raisons, quoique graves, ne nous touchent pas, et nous nous rangeons du côté de l'autre opinion, qui prétend qu'en acquérant la mitoyenneté, le voisin acquiert tous les droits qui en résultent; car, dit-elle, s'il en était autrement, à quoi eût servi l'acquisition de cette mitoyenneté? Le but du législateur eût été manqué, et l'acquéreur n'eût pas été mieux clos qu'auparavant; et il lui eût fallu, pour remédier à cet état de choses, construire lui-même un second mur à peu de distance du premier. La doctrine adverse se ruine, du reste, complètement en admettant, comme elle le fait, que l'acquéreur pourrait, en bâtissant, obstruer les jours existants; comment, en effet, acquerrait-il plus de droits en faisant une nouvelle construction, qu'il n'en avait quelque temps auparavant, bien que le prix et les conditions fussent les mêmes? Enfin, les inconvénients, qui peuvent en résulter pour le vendeur du mur, sont, il est vrai, regrettables, mais il ne peut en accuser que son incurie; car il devait bien penser que, dès que le mur serait debout, le voisin avait le droit d'en acquérir la mitoyenneté. Donc les ouvertures pourront

être bouchées, et cela lors même qu'elles existeraient depuis plus de trente ans ; car la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir : or, le voisin ne pouvait en demander la fermeture contre le propriétaire exclusif du mur ; il pouvait, il est vrai, acquérir la mitoyenneté, mais justement cette faculté est imprescriptible. Le voisin peut donc, à moins qu'il n'y ait un titre contraire, et lors même qu'il n'achèterait la mitoyenneté que dans ce seul but, faire fermer toutes les ouvertures qui se trouvent dans le mur, et ce travail sera supporté par moitié par les deux propriétaires.

Ce que nous venons de dire ne s'applique pas aux fenêtres ouvrantes, dont l'acquéreur ne peut pas, croyons-nous, demander la fermeture lorsque le propriétaire les a acquises par titre ou par destination du père de famille, ou enfin par prescription, car ce sont alors des servitudes véritables qui s'exercent sur son fonds et qui sont régies par les règles relatives à ce sujet. Or, ne pouvant les faire supprimer avant d'acquérir le mur, il ne peut pas plus le faire après qu'il l'a acquis, puisque le mur lui a été vendu avec toutes ses qualités bonnes et mauvaises et que les vues sont une de ces qualités. Il va sans dire que s'il en était autrement, il pourrait les faire supprimer.

Nous venons de voir qu'on peut acheter la mitoyenneté d'un mur entier, mais peut-on acheter celle d'une partie seulement, d'une moitié, d'un tiers, par exemple, soit de la hauteur, soit de la longueur? On l'enseignait autrefois et il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas ainsi encore aujourd'hui, seulement il ne faut pas pousser cette doctrine aussi loin que l'ont fait certains auteurs, qui enseignent qu'on peut même acheter une certaine épaisseur du mur, ce qui est inadmissible, parce que le mur qui perd une partie de son épaisseur n'est plus un mur, mais un amas de pierres qui croulera au premier vent. Lorsqu'on achète la mitoyenneté d'une portion seulement de la hauteur d'un mur on doit la prendre à partir de la base, l'article 661 est très-explicite sur ce sujet et veut que toujours la moitié du sol soit payée, qu'on achète toute la hauteur du mur ou une minime partie seulement. Cela tient à ce que le propriétaire ne saurait être forcé de supporter sur sa chose une autre chose qui n'est pas sa propriété exclusive; seulement, si le premier propriétaire avait, pour une cause quelconque, augmenté notablement les fondations de son mur, l'acquéreur survenant postérieurement ne serait pas tenu de payer la moitié de ces fondations, car il y a là non-seulement la base du mur

mitoyen, mais encore un travail *sui generis* auquel celui qui achète doit rester parfaitement étranger puisqu'il n'en retirera aucun profit. Il est bien entendu que c'est la moitié de la valeur actuelle du mur que l'acheteur doit payer, quelle que soit la dépréciation qu'il ait subie depuis sa construction. Et, lors même que le mur aurait été construit plus solidement qu'il n'était nécessaire, il faudrait néanmoins en payer la valeur réelle ; l'avantage en sera encore à l'acquéreur qui aura moins de réparations à faire. Dans le cas où les parties ne s'entendraient pas sur le prix, il faudrait qu'elles s'en rapportassent à un expert, et si, le prix étant fixé, le vendeur ne le recevait pas, il aurait, pour se faire payer un privilége d'après l'article 2103, Code civil, et même une action en résolution de vente. Les frais seront à la charge de l'acheteur.

Nous avons encore une dernière question à résoudre : un des copropriétaires d'un mur désire acheter la mitoyenneté d'une partie de ce mur, exhaussé par son voisin, sans qu'il y ait contribué, le peut-il? Nous ne croyons pas le doute possible en présence des termes si clairs et si formels de l'article 660 : « Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté, en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié

du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a. »

*Droits.* — Nous avons étudié l'obligation imposée au propriétaire d'un mur non-mitoyen ; voyons maintenant les droits qui peuvent lui appartenir et qui sont au nombre de deux. Il peut d'abord forcer son voisin à acheter la mitoyenneté et, en second lieu, le contraindre, dans les villes et les faubourgs, à contribuer aux constructions des murs qui séparent les deux héritages.

La première proposition : le propriétaire peut forcer son voisin à acheter la mitoyenneté de son mur est-elle vraie ? Nous le croyons, quoiqu'une opinion contraire, basée sur de graves raisons, se soit formée. La nôtre, du reste, est généralement suivie, bien qu'elle puisse sembler bizarre au premier abord et contraire même à l'esprit général des textes relatifs au mur mitoyen ; car, si l'article 661 permet bien au voisin de forcer le propriétaire à lui vendre la mitoyenneté de son mur, aucun texte n'autorise le propriétaire à forcer le voisin à l'acheter. La situation que nous examinons résulte uniquement, dit l'opinion contraire, de la faute du propriétaire qui ayant, lors de la construction du mur, le droit de forcer son voisin à contribuer aux dépenses ne l'a

pas fait ; s'il le regrette maintenant, tant pis pour lui, il est trop tard, nous ne pouvons le plaindre. Ces raisons sont graves, nous ne saurions cependant les croire décisives, et voici pourquoi : la loi, d'abord, se montre partout favorable à la mitoyenneté ; en second lieu, bien que notre système ne soit, il est vrai, déduit d'aucun texte, il trouve cependant, au moyen d'un raisonnement bien simple, un puissant appui dans l'article 663, Code civil, qui permet au propriétaire de forcer le voisin à contribuer, pour moitié, aux frais de construction du mur; or, comment prétendre que celui qui, en abattant son mur pour le reconstruire ensuite, pourrait forcer le voisin à contribuer pour moitié à cette reconstruction, ne pourra le contraindre à acheter la mitoyenneté de ce mur. Qu'y a-t-il de plus onéreux dans un cas que dans l'autre? Rien, absolument rien ; la seule différence réside dans l'époque où la contribution est demandée : au moment de la construction dans un cas; après, dans l'autre. Nous croyons, dès lors que le voisin peut être forcé d'acheter la mitoyenneté du mur, il sera obligé d'en payer la moitié de la valeur, ainsi que la moitié également de la valeur de l'emplacement sur lequel le mur est bâti, mais cela n'aura lieu que jusqu'à la hauteur légale et dans les villes et les faubourgs seulement, c'est-à-dire dans les endroits

où le propriétaire pourrait contraindre le voisin à contribuer aux frais de construction.

Dans cette seconde proposition, nous allons voir que le propriétaire peut contraindre son voisin à contribuer, dans les villes et les faubourgs, aux constructions des murs qui séparent les deux héritages. Nous n'allons plus être ici forcé, comme tout à l'heure, de recourir aux inductions pour établir notre théorie, l'article 663 nous offrant un appui solide et s'exprimant en ces termes : « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et les faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins, assis ès dites villes et faubourgs. » Et il termine en indiquant la hauteur que doit avoir le mur de clôture, qui est de 26 à 32 décimètres. Il n'y a que dans les villes et faubourgs que cette disposition est obligatoire, cela s'explique facilement par les risques beaucoup plus grands auxquels la propriété est exposée dans ces lieux. Aussi, concluons-nous de là, que cette disposition, contrairement à celle de l'article 661, est d'ordre public et n'admettons-nous pas, comme l'ont fait certaines Cours, que les particuliers puissent y contrevenir. Les voisins ne pourraient non plus s'engager *in futurum* à ne pas demander

l'exécution de cette obligation ; car cet engagement serait nul et non-avenu, cette disposition étant une véritable loi de police et de sûreté à laquelle il n'est pas permis aux particuliers de porter atteinte et cela, par application de l'article 6, Code civil. Il faut adopter la même décision en ce qui concerne la hauteur du mur ; ni l'un ni l'autre des voisins ne pourrait s'engager à ne pas demander plus tard que le mur qui, actuellement, n'a que 20 décimètres, soit élevé à la hauteur légale, à 26 décimètres par exemple.

Supposons maintenant qu'il n'existe aucun mur entre deux héritages et que l'un des propriétaires éprouve le besoin de se clore. Il est clair que, par application de l'article 663, il pourra forcer son voisin à contribuer à la construction qui est présumée utile à tous les deux ; mais le voisin pourra-t-il se décharger de cette obligation en abandonnant la moitié du sol nécessaire à l'emplacement du mur? La question est très-controversée, nous croyons, malgré l'opinion de la Cour de Cassation, de certaines Cours d'appel et de quelques auteurs, que le voisin n'a pas la faculté de choisir entre la participation à la construction et l'abandon de son terrain ; mais qu'il est, au contraire, toujours forcé de supporter pour moitié les travaux ; car chacun peut con-

traindre son voisin, dit l'article 663, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture. Ce n'est pas un choix qu'offre cet article, mais une obligation qu'il impose. Ainsi, quoiqu'il n'y ait pas encore de mur et par suite pas de mitoyenneté, l'un des voisins pourra forcer l'autre à lui aider à construire un mur, et il ne pourra, pour échapper à cette obligation, se prévaloir de l'article 656, puisque la mitoyenneté n'existant pas, comme nous venons de le dire, ne saurait être abandonnée. Or, s'il est tenu de construire un mur lorsqu'il n'en existe pas, à plus forte raison sera-t-il tenu de le réparer lorsqu'il sera debout; c'est le sens du mot : « réparations de l'article 663. » Donc cette disposition est spéciale et fait exception à l'article 656; donc aussi, contribuer aux constructions de la clôture, c'est bâtir et non pas abandonner le terrain seulement. Selon nous, l'article 656, comme les articles 653, l. 4 et 5, contient une règle générale par rapport aux conditions et aux effets de la mitoyenneté; l'article 663 contient une disposition spéciale aux villes et aux faubourgs, qui paraît être plutôt une obligation de voisinage qu'une charge de mitoyenneté, obligation naissant de la contiguité des héritages et qui subsistera tant qu'il y aura deux fonds contigus; telle elle la raison pour laquelle l'ar-

ticle 699 n'est pas applicable. L'opinion contraire objecte que ce sera peut-être une charge lourde pour le voisin d'être forcé de contribuer ainsi à la clôture ; mais cet argument nous semble sans valeur, car la dépense sera presque toujours compensée par la plus-value qu'acquerra le fonds entouré. Aussi, concluons-nous à ce qu'il ne soit jamais permis à un voisin d'abandonner son terrain, dans le but de se libérer de l'obligation de contribuer à l'édification d'un mur mitoyen.

Ici surgit la question de savoir comment on pourra distinguer si tel héritage fait partie d'une ville ou d'une campagne, si le faubourg finit ici ou là. Est-ce l'autorité judiciaire ou l'autorité administrative qui sera saisie de la question? Nous sommes porté à croire que les magistrats seront compétents pour statuer, dans tous les cas, sur cette difficulté ; car ce n'est pas une délimitation matérielle, passant par un point donné qu'il nous faut ici, mais une appréciation morale, qui sera souvent assez difficile à donner. Aussi, les juges feront-ils bien de se laisser guider soit par les arrêts rendus précédemment pour le même lieu, s'il y en a, et par les circonstances de fait, s'il ne s'en trouve pas.

La hauteur du mur est déterminée soit par

des règlements locaux, soit par le Code; mais l'article 663 ne s'applique qu'à ceux qui ont été construits après sa promulgation et dont la hauteur est inférieure à celle qu'il exige : il ne s'applique donc pas à l'égard de ceux déjà construits dans des lieux qui n'étaient d'abord ni villes ni faubourgs. Les voisins peuvent aussi, ou laisser d'un commun accord le mur moins élevé, ou l'exhausser plus que ne le veut le Code, et dans ce dernier cas, l'un des voisins ne peut plus l'abaisser; car l'état de ce mur est, en résumé, le résultat d'une convention valable; mais il peut l'exhausser, car la servitude *non altius tollendi* ne se présume pas.

Enfin, il nous reste à dire que, lorsque deux terrains contigus sont de hauteur inégale, chacun des voisins peut exiger, pour être clos, que le mur ait la hauteur légale à partir du sol le plus élevé (art. 663) ; or, il pourrait bien arriver que l'un ou l'autre ne le serait pas s'il ne pouvait exiger la hauteur légale, qu'à partir de son sol. Quant à la proportion dans laquelle chacun des propriétaires doit contribuer aux frais, elle n'a cessé de diviser les jurisconsultes de l'ancien droit et ceux du droit moderne. Voici quelle est, croyons-nous, la meilleure opinion et celle qui applique le mieux l'article 663. Chacun

des propriétaires doit contribuer à la construction du mur jusqu'à la hauteur légale à partir du fond le plus élevé; le reste inférieur du mur qui soutient les terres sera construit aux frais de celui dans l'intérêt duquel il sera bâti ou bien tous les deux y contribueront dans la proportion de leur intérêt, si tous les deux en retirent quelque avantage. Lors même qu'un seul propriétaire l'aurait construit, l'autre ne serait obligé à aucune indemnité vis-à-vis de lui pour la charge qu'éprouverait le mur de terrasse sur lequel serait construit le mur de clôture; ce serait-là en effet, une conséquence de la situation naturelle des lieux et du fait personnel du propriétaire qui a édifié un mur, pour soutenir ses terres. Il est bien évident que les deux propriétaires doivent fournir chacun la moitié du sol, sur lequel repose ce mur.

### § 4. — Effets de la mitoyenneté d'un mur.

Ces effets peuvent, comme ceux de la non-mitoyenneté, être envisagés à un double point de vue, d'abord quant aux droits auxquels ils donnent naissance, ensuite quant aux obligations qu'ils engendrent.

A *Droits.* — Sur le premier point, le Code,

dans les articles 657 et 658 nous indique que les voisins peuvent : 1° bâtir contre le mur mitoyen ; 2° l'exhausser ; 3° enfin y adosser ou appliquer des ouvrages quelconques et s'en servir pour les différents usages non prévus par la loi et auxquels le mur serait propre, sous la double condition, bien entendu, de ne pas nuire à leur copropriétaire ni empêcher l'exercice de son droit réciproque, et de faire les ouvrages nécessaires pour ne pas dégrader le mur ni en compromettre la solidité. En un mot, on peut se servir du mur comme l'on veut, en se conformant à la loi avec ou sans le consentement du voisin.

1° Reprenons successivement ces différents droits, et d'abord occupons-nous de celui que reconnaît, en ces termes aux propriétaires, l'article 657 : « Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée. » Cet article est facile à comprendre, il permet, ce qui devait être, d'édifier n'importe quelle construction contre le mur à destination de maison, grange ou autre

et répond ainsi à l'usage le plus fréquent que l'on fait du mur mitoyen. En n'imitant pas les dispositions de certaines coutumes anciennes, le Code a évité les inconvénients dans lesquels on pouvait craindre de le voir tomber ; aussi ne permet-il pas de compromettre la solidité du mur mitoyen, en le prenant d'outre en outre, comme l'autorisait la coutume d'Orléans, mais il autorise à passer les poutres dans presque toute l'épaisseur du mur, ce qui permet de donner beaucoup plus de solidité à la construction nouvelle que si elles ne pouvait aller que jusqu'au milieu, comme le voulait la Coutume de Paris.

2° Le droit d'exhaussement, dont nous avons à nous occuper en second lieu, est ainsi réglé par les articles 658 et 659. Article 658 : « Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur » ; et 659 : « Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté. » Remarquons tout d'abord qu'il résulte des expressions employées par ces arti-

cles que le droit qu'ils consacrent est absolu et illimité ; par suite, l'un des voisins pourra, sans donner de motifs et pour son plaisir même, élever le mur jusqu'à la hauteur que bon lui semblera, en temps toutefois qu'elle ne sera pas dangereuse et que son copropriétaire n'en éprouvera pas de préjudice, car il faut admettre, croyons-nous, un tempérament aux termes absolus de l'article 658, et dire que si le voisin exhausse le mur uniquement dans le but de nuire à son copropriétaire, sans en retirer lui-même aucune utilité, il pourra être cité devant les tribunaux, qui seront appelés à se prononcer sur l'opportunité de la mesure prise. La propriété de cet exhaussement appartient à celui qui l'a construit, tant que le voisin n'en acquiert pas la mitoyenneté ; aussi peut-il faire dessus tous les actes de propriété qu'il jugera convenables, sauf toutefois les restrictions dont nous aurons plus tard à nous occuper, relativement aux droits de vue.

Occupons-nous de rechercher maintenant de quelle façon devront être réglées les dépenses de l'exhaussement et pour cela, faisons une distinction : de deux choses l'une, ou le mur n'a pas besoin, pour supporter l'exhaussement, d'être reconstruit, ou il est nécessaire qu'il le soit. Dans le premier cas, tous les travaux de l'exhaussement

seront à la charge de celui qui le fait et de plus il devra à son copropriétaire l'indemnité de la charge, en raison de l'exhaussement et suivant la valeur, dit l'article 658, valeur proportionnée à la surcharge imposée, qui diminue la solidité en même temps que la durée du mur mitoyen. Cette solution est parfaitement juste et infiniment supérieure, en ce qu'elle permet de prendre en considération la pesanteur du mur, à celle de la Coutume de Paris, qui admettait une règle fixe et invariable qui était de la sixième partie de la valeur de l'exhaussement. Il va sans dire que les réparations et reconstructions du mur exhaussé sont entièrement à la charge du constructeur; car celui auquel n'appartient pas le mur ne saurait être forcé d'y contribuer. Mais comme l'indemnité a pour but de réparer le préjudice causé au propriétaire, en ce qu'il sera forcé de participer, plutôt par suite de la surcharge, à la réparation du mur mitoyen, il faut tenir compte des travaux de consolidation, il arrive en effet souvent qu'ils compensent largement le tort fait par l'exhaussement.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il sera nécessaire de reconstruire le mur en entier, il nous faut de nouveau faire une sous-distinction. Ou bien l'état du mur demande qu'il soit reconstruit, indépendamment même de tout projet

d'exhaussement, ou bien il est solide et pourrait durer longtemps encore.

Lorsque le mur ne vaut plus rien, celui qui veut exhausser peut dire à son voisin, en s'appuyant sur l'article 655, vous devez contribuer à la reconstruction du mur; or, que je l'exhausse ou non, cette reconstruction étant nécessaire vous devez m'aider à la faire. Ce raisonnement est très-juste et aussi le copropriétaire sera forcé de contribuer à la reconstruction, remarquons seulement que ce ne sera que pour moitié du mur, tel qu'il était avant que le projet d'exhaussement n'eût rendu sa construction nécessaire et que si, par suite de l'exhaussement, il est besoin d'un mur plus épais, celui-là seul qui fait exhausser, devra payer le surplus des frais et fournir l'excédant d'épaisseur; d'où on peut conclure qu'il devra aussi être laissé maître de diriger la construction. Si, au contraire, le mur est encore en bon état, eu égard à sa destination, quoique trop faible pour supporter l'exhaussement, celui qui fait exhausser devra payer en entier les frais de construction, et, comme dans le cas précédent, prendre l'excédant d'épaisseur sur son propre sol. S'il était reconnu que ce surcroît d'épaisseur fût insuffisant pour rendre les réparations moins fréquentes, le copropriétaire devrait-il indemniser

son voisin de tous les dommages que pourra lui causer l'exhaussement? Il est évident qu'il devra l'indemniser de ceux que l'on peut considérer comme faisant partie des frais de reconstruction, tels que frais d'expertises, d'alignements, d'étayage, etc. Nous pensons même que si le voisin avait sur son mur des peintures, des sculptures ou autres ouvrages de même nature, on lui en devra le prix réel, mais pas autre chose. Quant aux autres incommodités qui pourraient résulter indirectement de l'exhaussement pour le copropriétaire, nous croyons, contrairement à l'ancienne jurisprudence et à quelques auteurs modernes, qu'il n'y aura jamais d'indemnité de due; en effet, d'après le texte de l'article 659, le voisin qui exhausse est tenu seulement de reconstruire en entier, à ses frais et de prendre de son côté l'excédant d'épaisseur; de plus, le principe, « *Qui jure suo utitur, neminem lædit* », confirme encore notre opinion. Donc nous pensons qu'on ne devra jamais, dans ce cas, aucune indemnité, lors même que le voisin n'aurait pu se servir de sa maison ou aurait été obligé d'indemniser ses locataires. Si, bien entendu, on traînait les constructions en longueur, il devrait en être autrement.

Le mur, ainsi reconstruit avec de nouveaux matériaux plus forts et plus solides, devient mi-

toyen jusqu'à la hauteur de l'ancien, mais nous ne pensons pas que ce soit tout à fait aux mêmes conditions. Ainsi, par exemple, si le mur venant plus tard à crouler, par suite de la mauvaise construction, il y a lieu de le reconstruire, le propriétaire de la partie exhaussée devra supporter seul les frais nécessaires pour le rétablir tel qu'il l'avait fait. D'un autre côté, le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement devra une indemnité à son copropriétaire, s'il veut se servir du mur d'une façon possible maintenant depuis la reconstruction plus solide, mais qui était impossible auparavant. La ligne séparative des deux héritages ne sera pas changée, de sorte qu'elle ne sera plus au milieu du mur s'il a été élargi, et que, s'il venait à être démoli, celui qui l'a élargi reprendrait le terrain qu'il y avait mis. L'exhaussement, avons-nous dit, appartient à celui qui l'a construit jusqu'au moment où son voisin lui en achète la mitoyenneté ; c'est donc lui qui supporte les réparations au-dessus de la hauteur de la clôture commune, sur laquelle partie du mur il a, du reste, et peut exercer tous les droits d'un propriétaire, comme ouvrir des jours de tolérance ; le lui refuser serait aller à l'encontre du but de la loi.

De même qu'un mur mitoyen peut être exhaussé, de même aussi on peut en rendre les fondements

plus profonds et plus solides, afin de permettre de construire une cave, par exemple ; il est évident que cela ne pourra se faire qu'en prenant les précautions nécessaires et en se soumettant aux conditions requises pour l'exhaussement. Celui qui fait ainsi de nouvelles fondations ne serait pas fondé à demander à son voisin une indemnité, parce que son mur soutient le mur mitoyen ; car, s'il en est ainsi, c'est uniquement par sa faute, personne ne lui demandant de faire de nouvelles constructions.

3° Un troisième point nous reste à examiner ; il a trait aux travaux que les propriétaires peuvent faire sur le mur mitoyen et que la loi n'a pas réglementés. Nous savons déjà que chaque voisin, pourvu qu'il ne nuise ni à son copropriétaire, ni au mur, peut s'en servir comme il l'entend, le charger, par exemple, de peintures, de plantes grimpantes, etc. ; mais en est-il encore ainsi lorsque les actes de propriété qu'il veut faire attaquent la substance même du mur : comme de pratiquer des enfoncements, de construire des placards, etc. ? Nous croyons que oui, bien que certains auteurs prétendent le contraire. L'article 662 s'exprime, en effet, ainsi : « L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de

l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. » Il permet donc de pratiquer des enfoncements avec le consentement du voisin ou à dire d'experts, dans le cas où ce dernier ne voudrait pas y consentir, en temps toutefois que la solidité du mur ne sera pas ébranlée. Cette solution rentre, du reste, parfaitement dans les vues du législateur, qui veut que le mur mitoyen serve non-seulement de séparation entre les héritages, mais encore contribue au bien-être de ses propriétaires. Quel inconvénient y a-t-il, en effet, à adopter cette solution ; toutes les garanties ne sont-elles pas prises, puisque les experts jugeront si la solidité du mur permet d'y construire un enfoncement et ne l'autoriseront qu'à cette condition ? N'est-elle pas également dans l'intérêt des propriétaires, auxquels elle fournit toutes sortes de commodités que l'autre leur enlève sans raison.

Cette règle une fois énoncée, l'application semble être plutôt du domaine de l'architecture que de celui du droit. Nous la laissons, dès lors, aux hommes de l'art.

B. *Des obligations qu'impose la mitoyenneté.* — Si la mitoyenneté confère des droits aux

propriétaires voisins, elle leur impose également certaines obligations corrélatives qui sont au nombre de deux : 1° chaque copropriétaire est tenu, pour sa part, des réparations qu'exige le mur ; 2° chaque copropriétaire, lorsqu'il s'agit d'ouvrages qui pourraient altérer la solidité du mur ou en diminuer la durée, doit prendre l'avis de son voisin.

1° *Contribution aux réparations.* — De même que chaque copropriétaire jouit des avantages que procure le mur mitoyen, de même aussi il est juste qu'il soit tenu d'entretenir ce mur dans un état convenable de réparations. S'il en était autrement les murs seraient bientôt anéantis ; car chaque voisin rejetant sur son voisin la charge de l'entretien, ni l'un ni l'autre ne le répareraient, aussi le législateur, prévoyant ce qui arriverait, a-t-il décrété fort sagement, dans l'article 655, que la réparation et la reconstruction du mur mitoyen, seraient à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. Donc, en ce qui concerne la partie mitoyenne du mur, les copropriétaires supporteront chacun la moitié de la dépense occasionnée par les réparations et cela sans qu'il y ait à distinguer de quel côté elles ont été faites, comme ils doivent également et sans indemnité, supporter

les inconvénients qui pourraient résulter de la reconstruction, comme déménagements, passages d'ouvriers, etc. L'article 656 vient toutefois ajouter un palliatif à cet état de choses et permettre aux copropriétaires du mur de se libérer de la charge qui leur est imposée, lorsqu'elle leur semble trop onéreuse. « Cependant, dit-il, tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne. » Notons que cet abandon comprend, non-seulement le mur lui-même, mais encore le terrain sur lequel il repose. Celui qui délaisse ainsi les charges de la mitoyenneté ne saurait en conserver aucun des avantages, par suite, ses bâtiments ne devront plus reposer sur le mur. Notons encore que la faculté d'abandon est réciproque et qu'il peut parfaitement arriver, dès lors, que le mur soit délaissé par les deux voisins, et, nécessairement il tombera en ruines au bout d'un certain temps, les matériaux et le sol seront partagés et les propriétés décloses. Si, au contraire, l'un des voisins répare le mur abandonné par l'autre, il en devient, ainsi que du sol, propriétaire exclusif; il sera sage toutefois, de sa part, d'en prendre titre et de faire disparaître les marques de mitoyenneté. Bien

que propriétaire , il l'est cependant avec une restriction : il ne pourra démolir ce mur qui lui appartient en propre, car cette propriété n'a pu lui être donnée que comme compensation des charges qu'il devra subir pour conserver ce mur, mais excepté la restriction au droit de le détruire, nous lui accordons tous les droits qu'un propriétaire peut avoir sur sa chose, d'après l'article 544.

Tout ce que nous venons de dire sur cette nécessité de réparer le mur mitoyen qui incombe aux deux voisins , ne saurait s'appliquer qu'au cas où le besoin de réparation provient de la force majeure et n'est pas imputable à l'un ou à l'autre des copropriétaires ; car, évidemment, celui qui aurait été cause de la détérioration, serait seul obligé de la réparer en vertu de l'article 1382, sans pouvoir même s'affranchir de cette obligation par l'abandon de la mitoyenneté ; en effet, *ejus est damnum redimere qui fecit.*

Il nous faut enfin rechercher quand il y a lieu à réparation ou à reconstruction du mur mitoyen. C'est là une question de fait que les hommes de l'art seuls pourront résoudre ; notons seulement que le voisin qui veut réparer, doit prendre l'avis de son copropriétaire ou du moins l'avertir, s'il ne veut s'exposer à payer

seul, les frais de réparation ou de reconstruction; ajoutons que, dans le cas dont nous nous occupons, le mur doit être rétabli tel qu'il était auparavant, à moins que dès l'origine, bâti avec de mauvais matériaux, il n'ait jamais été solide ou que par la suite des temps il ne fût devenu impropre à l'usage qu'on voulait en retirer.

2° Obligation pour chaque propriétaire de prendre parfois conseil de l'autre. — « L'un des voisins, dit l'article 662, ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir à son refus fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. » Quoi de plus juste que les mesures prescrites par cet article? Il peut arriver, et il arrive en effet toujours, que le voisin a soit des réflexions à soumettre, soit des précautions à prendre, pour que les travaux projetés ne lui causent pas de dommage, et il eût été bien dur que le législateur permît de commencer les travaux sans qu'il eût été au moins averti; aussi doit-on lui donner au moins trois jours pour considérer; passé ce délai, s'il n'acquiesce pas à la demande de son voisin, le Code fournit à ce dernier un moyen de passer outre, qui consiste en un règlement d'experts.

Lorsque ceux-ci ont donné leur avis, celui qui fait les travaux doit encore avertir le voisin du jour où ils commenceront, sous peine d'être tenu de dommages-intérêts. Ce ne sont plus toutefois les maçons qui les encoureraient, comme dans nos anciennes coutumes, mais le propriétaire lui-même, qui seul, en effet, peut savoir si le mur est mitoyen. Lors même que toutes ces prescriptions ont été observées, il peut encore se faire que le voisin réclame des dommages-intérêts, quand le nouvel ouvrage lui aura causé quelque préjudice, et son droit lui permettra même d'exiger la destruction partielle ou totale des constructions nouvelles, sauf aux magistrats à apprécier la gravité du préjudice causé. Ce voisin n'a consenti, en effet, à ce que les constructions fussent établies qu'à condition qu'elles ne lui seraient pas nuisibles, et, dans le cas contraire, l'expertise ne saurait décharger le propriétaire constructeur de la responsabilité des dommages que pourrait causer la construction.

Nous venons de voir les conséquences de la règle posée par l'article 662, qui est, croyons-nous, applicable même aux espèces de travaux prévus par les articles 657, 658 et 659; et, en effet, d'après cet article, aucun enfoncement ne peut être pratiqué dans le mur mitoyen, aucun

ouvrage appuyé dessus, sans le consentement du voisin. Or, qu'est-ce qu'exhausser le mur, y placer une poutre, sinon y appuyer un ouvrage ou y créer un enfoncement; donc notre texte s'applique aux travaux prévus par les articles dont nous parlions tout à l'heure. C'est, du reste, la seule manière de concilier les dispositions de ces différents articles, dont l'un (l'article 662) soumet seulement l'exercice du droit à certaines précautions, en laissant intactes les facultés que confèrent les autres. La loi, du reste, serait en contradiction flagrante avec elle-même, si elle dispensait le voisin, précisément pour les ouvrages les plus graves, des précautions ordonnées par l'article 662.

Recherchons enfin, en quelques mots, si le droit de tour d'échelle, qui existait avant la promulgation du Code, est encore en vigueur aujourd'hui, et demandons-nous ce qui en reste. Si le mur est situé dans le ressort d'une ancienne coutume, qui reconnaissait ce droit à son propriétaire, nous pensons qu'il doit encore aujourd'hui être regardé comme existant, d'après l'article 665, à cette condition toutefois que, dans le cas où il aurait été acquis par prescription, elle eût été accomplie avant la promulgation du Code. La solution que nous venons de donner ne saurait être étendue à l'époque

actuelle. Le tour d'échelle ne peut, en effet, exister ni comme provenant d'un droit de propriété réservé au-delà du mur par celui qui l'a construit, puisque la présomption du Code est que les murs sont construits à fin d'héritage, ni comme servitude légale, puisqu'aucun texte ne l'établit ; il ne pourrait donc être établi que par titre, il en résulte que celui qui ne s'est pas expressément réservé l'espace du côté du voisin, ne peut ni y déposer ses matériaux ni y faire passer ses ouvriers, même en payant une indemnité. Il ne pourra, par suite (c'est la conséquence logique), réparer son mur qui bientôt tombant en ruines, permettra au voisin de lui demander des dommages-intérêts. Tel est le droit rigoureux. Il est toutefois désirable de ne pas voir exercer dans toute sa plénitude, ce qui n'arrivera évidemment que dans le cas où, manifestement, le voisin aurait une intention malveillante.

## SECTION II.

### DE LA MITOYENNETÉ DANS LE CAS OU LES DIFFÉRENTS ÉTAGES D'UNE MAISON APPARTIENNENT A DIVERS PROPRIÉTAIRES.

Nous avons à examiner maintenant d'autres

espèces de mitoyennetés, qui, bien que différentes de la mitoyenneté véritable, participent cependant à quelques-uns de ses caractères, comme d'avoir trait à des choses communes et de n'être susceptibles ni de partage, ni de licitation, sauf lorsque tous les intéressés y consentent ; cela provient de ce qu'elles sont destinées à l'usage concurrent et indivis de plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents. La règle de l'article 815, que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, ne saurait, dès lors, être appliquée. Nous sommes donc en présence d'une exception désignée sous le nom de servitude d'indivision.

Nous allons avoir à examiner successivement plusieurs hypothèses, dont la plus importante et certainement la plus curieuse, qui était déjà connue sous nos anciennes coutumes, est celle d'une maison divisée horizontalement entre plusieurs propriétaires qui possèdent en propre un ou plusieurs étages, et en commun les gros murs et le toit ; possession d'où résultent de communes obligations, qu'il faut, si on veut les connaître, rechercher dans les titres qui les consacrent ou, à leur défaut, dans les règles posées par le Code ou les inductions tirées de celles de la mitoyenneté véritable. Cette question est assez difficile et nous allons, pour plus de clarté, l'examiner au

point de vue des obligations et des droits respectifs de chacun des propriétaires, dans deux hypothèses différentes : lorsque la maison existe ou bien quand elle a été détruite.

A. *La maison existe.* — 1° *Obligations.* — Les obligations des propriétaires sont réglées, dans ce cas, par l'article 664, Code civil, ainsi conçu : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : — Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. — Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. — Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. » On peut en tirer cette règle générale, que les différents propriétaires de la maison sont tenus de contribuer aux travaux, chacun en proportion de la valeur de son étage considéré en raison de ses avantages absolus, et non en raison de l'ameublement, des peintures, etc., et cela sans indemnité des uns vis-à-vis des

autres. Les travaux visés par cette règle sont ceux qui se rapportent aux toits, aux gros murs, et généralement à toutes les parties qui sont indispensables à l'existence et à la solidité du bâtiment tout entier. Telles sont encore les voûtes des caves lorsqu'elles supportent l'édifice, autrement elles seraient à la charge du propriétaire de la cave ; on ne peut, en effet, les regarder comme le plancher du premier étage, qui peut parfaitement être établi sans elles. Tels sont aussi les puits, cours, lieux d'aisances, etc. Quant aux greniers, c'est une question de fait ; tous doivent contribuer à leur entretien si tous en jouissent ; il est aussi bien évident que l'impôt foncier est une charge commune, tandis que les autres ont le caractère de charges particulières.

Le propriétaire de chaque étage, dit l'article 664, fait le plancher sur lequel il marche ; mais c'est le propriétaire du dessous qui met le plâtre du plafond ; ce qui est très-juste, puisque seul il en jouit. Enfin, la part contributive de chacun dans l'escalier est réglée par le Code d'une façon fort simple qui pourrait cependant, croyons-nous, être critiquée, en ce sens qu'elle met les uns beaucoup plus à contribution que les autres. Chaque propriétaire, en effet, devant faire l'escalier qui con-

duit à son étage et en supporter les réparations, celui du rez-de-chaussée au premier sera grevé beaucoup plus lourdement que celui du premier au second qui, à son tour le sera plus que celui du second au troisième ; en effet, les personnes habitant le second et le troisième devront nécessairement passer, pour se rendre chez elles par l'escalier des étages inférieurs qui, par suite de ce passage plus fréquent, seront plus vite détériorés. Aussi l'usage de l'ancienne Coutume de Normandie, dans laquelle chacun contribuait aux travaux de l'escalier en proportion de sa part dans la maison, semblait-il plus rationnel, bien que le système du Code soit peut-être plus simple.

Le Code enfin qui a rejeté pour l'escalier la contribution de chacun, suivant sa portion, l'a admise quant au toit, règle beaucoup plus équitable que celle des coutumes qui en mettait la réparation à la charge du propriétaire du fonds supérieur.

Remarquons que si l'un des propriétaires ne voulait pas contribuer aux différentes charges que nous avons énumérées, il pourrait s'en exonérer par l'abandon de son étage, mais pour l'avenir seulement, celles qui résultent de la jouissance passée étant toujours dues.

2° *Droits.* — Aucun article ne règle cette ma-

tière, ce qui est fort regrettable, des difficultés assez graves pouvant en résulter. Chacun étant seul et unique propriétaire de son étage peut, croyons-nous, y faire tous les changements et même toutes les innovations qu'il jugera convenables, pourvu toutefois qu'il n'en résulte pas de dommage pour la maison elle-même ni de désagréments pour les autres propriétaires. Ainsi, le propriétaire du rez-de-chaussée ne pourra y établir une machine à vapeur, dont le bruit et la fumée incommoderaient tous les habitants de la maison ; mais il pourra, ainsi que les autres, pratiquer dans les parties communes et mitoyennes des enfoncements ou autres travaux, en se conformant à l'article 662 ; il lui sera loisible encore de changer les fenêtres de sa maison en devanture de boutique. Mais le propriétaire de l'étage le plus élevé ne pourra, bien que le contraire ait été soutenu, exhausser la maison, car alors cet immeuble serait pour ainsi dire changé, et ne formerait plus le même tout qu'auparavant, qui avait une hauteur et une valeur déterminées. Ce serait, du reste, imposer des charges assez lourdes aux autres propriétaires, ne fût-ce qu'au point de vue du nombre plus considérable de personnes qui passeraient dans l'escalier, rendant ainsi les réparations plus fréquentes.

B. *La maison a été détruite par un cas fortuit quelconque.* — Si on la reconstruit, les servitudes actives et passives, dit l'article 665, se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise. Il n'y a pas de difficulté dans ce cas, tous les propriétaires étant d'accord pour reconstruire ou non, s'arrangeront à l'amiable. La difficulté commence seulement lorsque le désaccord étant parmi les propriétaires, les uns veulent reconstruire et les autres pas. Une première opinion, qui nous paraît bien rigoureuse, se base sur les articles 656, 699 et 1184 pour dire : de deux choses l'une, ou bien reconstruisez, ou bien abandonnez. Il serait préférable, croyons-nous, de faire la licitation de ce qui reste et de partager le prix entre les divers propriétaires ; car il est exhorbitant d'en obliger un ou plusieurs d'entre eux à reconstruire ce qui leur appartient en toute propriété, et dont, par conséquent, ils peuvent faire ce qu'ils veulent.

Si, par suite de travaux d'alignement, la maison devait être ou avancée ou reculée, il est clair que tous les étages devraient en profiter ou en pâtir, et que le prix dû pour l'espace perdu ou l'excédant d'espace accordé par l'ad-

ministration devraient être partagés proportionnellement, entre les divers copropriétaires.

N'oublions pas, toutefois, que l'article 664 ne régit que les maisons qui ont été construites depuis la publication du Code. C'est l'application du principe général écrit dans l'article 2 : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. »

Nous ne parlerons que pour mémoire d'une autre sorte de communauté, qui existe quelquefois dans les campagnes, la maison dans ce cas est divisée dans le sens de la largeur ; il en résulte que l'un des copropriétaires ne pourrait démolir la partie qui lui appartient, s'il devait en résulter pour l'autre quelque préjudice.

D'autres choses, telles que des puits, des pressoirs, des cours, etc., peuvent aussi être à la disposition d'un certain nombre de personnes dont cette communauté augmente la jouissance. Hâtons-nous de dire que cette indivision ne doit avoir lieu que lorsque la nécessité absolue l'exige. Ces choses, qui participent à la nature des servitudes, sous ce rapport qu'elles existent, non dans l'intérêt d'une personne, mais dans celui d'un héritage auquel elles profitent, n'en sont pas moins des choses communes pour lesquelles les règles de la copropriété indivise doivent plutôt être suivies que celles des servitudes. Quant

aux questions de fait résultant de cet état de choses, nous les laissons à l'appréciation des magistrats qui feront supporter les charges de la chose, en proportion de la jouissance que chacun en retire.

## SECTION III.

### DU FOSSÉ MITOYEN.

Nous allons examiner dans cette section : 1° Dans quels cas un fossé est mitoyen ; 2° Quels sont les effets de la mitoyenneté d'un fossé.

#### § 1. — Dans quel cas un fossé est mitoyen.

De même que la loi a présumé que tout mur joignant deux héritages était mitoyen, de même elle nous dit, dans l'article 666, en termes plus généraux et en parlant des fossés : « Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire. » La loi, on le voit, ne pose ici qu'une seule règle, laissant de côté celles dont elle avait parlé dans les articles 661 et 663, et la présomption de mitoyenneté qu'elle établit n'est que *juris tantum*

et devra céder devant la preuve contraire, qui résultera soit d'un titre, soit d'une marque de non-mitoyenneté.

Le titre sera toujours la meilleure preuve à produire. Quant aux bornes établies d'un côté du fossé, elles équivalent pour ainsi dire à un titre ; car elles indiquent, à n'en pas douter, que le fossé a été creusé, non pas entre les deux héritages, mais sur l'un d'eux seulement. Cette marque de non-mitoyenneté est clairement désignée dans l'article 667 ainsi conçu : « Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. » Et 668, qui s'exprime en ces termes : « Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. » En parlant des marques de non-mitoyenneté des murs, nous avons donné les raisons qui nous faisaient penser que l'article 654 n'est pas limitatif ; les mêmes motifs nous conduisent à adopter une semblable décision pour l'article 667, et à dire que, dans le cas qui nous occupe, le rejet de la terre d'un seul côté n'est pas la seule marque admise, bien qu'elle soit la plus commune. Il est bien entendu que le rejet doit avoir existé, tel qu'il est, depuis au moins l'an et jour ; car autrement, en quelques instants, et par le seul fait du curage re-

jeté d'un seul côté, on pourrait acquérir la propriété exclusive du fossé, ce qui est inadmissible. Passé l'an et jour, le propriétaire, qui prétendrait que le fossé est mitoyen, ne pourrait plus agir qu'au pétitoire ; car la présomption de commune possession a été détruite.

Il est admis par tout le monde que s'il y avait d'un côté, marque de non-mitoyenneté et, de l'autre, titre ou bornes établissant la mitoyenneté, le fossé serait regardé comme mitoyen ; car la présomption cesse ici devant la certitude contraire.

La non-mitoyenneté, comme la mitoyenneté d'un fossé, peuvent, en outre, résulter de la prescription, mais il faut alors des faits de propriété bien patents et qui ne soient pas le résultat de la simple tolérance; ce qui, en pratique, sera fort rare.

### § 2. — Effets de la mitoyenneté d'un fossé.

Nous ne connaissons qu'un seul effet de la mitoyenneté d'un fossé énoncé dans l'article 669, Code civil : « Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs, » par suite, les boues et les engrais provenant du curage doivent être partagés également. Mais devons-nous admettre ici, en faveur du fossé mitoyen, l'exception que l'article 656 apporte, en ce qui

concerne le mur mitoyen, et qui permet, si on ne veut pas réparer le mur, de l'abandonner. Aucun texte semblable n'existe pour le fossé, nous pensons cependant que cette exception doit être étendue, par analogie, à l'hypothèse que nous étudions; car c'est un principe constant qu'on peut s'affranchir de l'entretien d'une chose commune, en renonçant à sa part dans cette chose, puisque l'on n'est tenu alors que *propter rem* et qu'il n'y a pas de raison de faire exception à cette règle dans le cas présent, où elle était admise par Pothier. Le cédant, bien entendu, perd tout son droit que le cessionnaire n'acquiert que s'il accepte, en même temps, la charge de réparer le fossé. Il y a toutefois deux cas où cet abandon ne saurait avoir lieu, c'est d'abord, comme pour le mur mitoyen, si le fossé servait au bornage ; car alors on tomberait sous le coup de l'article 646. En second lieu, l'abandon ne pourrait se faire s'il servait à l'écoulement d'une eau courante, ou si des règlements particuliers d'administration mettaient l'entretien de telle classe de fossés, à la charge commune des riverains. Mais nous n'admettons pas, comme l'ont fait certains auteurs, qu'un voisin puisse reprendre la moitié du fossé mitoyen qu'il aurait cédée.

En ne supposant plus, comme tout à l'heure,

que le fossé soit mitoyen, faut-il que celui qui le creuse sur son fonds, ce qu'il peut incontestablement faire, laisse entre lui et le fonds voisin, un certain espace de terrain, comme cela avait lieu sous l'empire de nos anciennes coutumes et même en droit romain. Malgré une opinion contraire très-fortement établie, nous le croyons ; car, s'il en était autrement, il faudrait en arriver à dire que celui qui creuse le fossé, a le droit de détériorer la propriété du voisin ; les gelées et les pluies produiraient, en effet, infailliblement ce résultat, en désagrégeant les bords du fossé ; or, l'article 544 permet bien d'user de sa chose comme on le veut, mais en temps seulement qu'on ne cause aucun dommage à autrui. Donc dans les endroits, du moins, où cette coutume existe, un certain espace ou franc-bord doit être laissé par celui qui creuse le fossé.

Ceci posé, celui qui abandonne la mitoyenneté d'un fossé est-il censé abandonner, en même temps, au voisin l'espace de terrain nécessaire de son côté, pour la répare ? Dans l'ancien droit, Desgodets enseignait l'affirmative, qui est encore aujourd'hui soutenue par quelques jurisconsultes ; nous croyons, au contraire, que celui qui abandonne le fossé n'est jamais tenu de laisser sur son fonds le moindre espace pour permettre de le réparer.

En dernier lieu, le propriétaire exclusif d'un fossé peut toujours le faire combler, puisqu'il aurait pu ne pas le faire creuser; mais le copropriétaire d'un fossé mitoyen ne peut, pour éviter les réparations, forcer son copropriétaire à le combler, pas plus qu'un mur mitoyen ne peut être démoli, lorsque l'un des propriétaires s'y oppose.

## SECTION IV.

### DES HAIES MITOYENNES ET DES ARBRES QUI SONT SUR LES CONFINS DES HÉRITAGES.

Remarquons tout d'abord, avant de commencer cette étude, que jamais un propriétaire ne peut être forcé par son voisin à faire, à frais communs, une haie séparative de leurs héritages, de même que, la haie existant, il ne peut jamais être contraint d'en céder la mitoyenneté !

Nous diviserons cette section en deux paragraphes, dans lesquels nous nous proposons d'examiner : 1° ce qui a trait aux haies mitoyennes et non-mitoyennes ; 2° le cas où des arbres sont situés sur les confins de deux héritages.

**§ 1er. — Des haies mitoyennes et non-mitoyennes.**

Il nous faut ici encore faire une subdivision et rechercher quand existe la présomption de mitoyenneté d'une haie et ses effets.

A. *Présomptions de mitoyenneté.* — C'est l'article 670 qui nous apprend, en ces termes, quand une haie est mitoyenne : « Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire. » En principe donc, toute haie qui sépare deux fonds est mitoyenne, qu'elle soit vive ou sèche, peu importe ; mais à cette règle il y a trois exceptions contenues également dans l'article 670 :

1° La présomption de mitoyenneté cesse, quand un seul des héritages est en état de clôture ; ce qui signifie, pensons-nous, que le fonds doit être enclos de tous côtés, soit par des murs, des haies ou des fossés, ou même par des haies d'un côté et fossés de l'autre ; peu importe pourvu qu'il soit clos, c'est tout ce que demande notre article. La haie alors est présumée appartenir au propriétaire de cet héritage à l'exclusion du voisin non clos, ce qui paraît fort raisonnable ; car il est peu présumable que ce

dernier ait fait plus de frais pour un côté de son fonds que pour les autres ;

2° La présomption de mitoyenneté cesse encore lorsqu'il y a un titre qui la combat ; nous savons déjà que le titre fait foi contre les présomptions. Il en serait de même des bornes, devant lesquelles un fonds, même clos, devrait céder la propriété de la haie, en faveur du fonds qui ne le serait pas.

3° Enfin la présomption de mitoyenneté n'existe plus lorsqu'il y a possession suffisante au contraire, expression élastique et qui a donné lieu à diverses interprétations. Tous, cependant, s'accordent à reconnaître que celui qui a possédé la haie, à titre de seul propriétaire, pendant un an, pourra invoquer cette possession annale pour se faire maintenir au possessoire ; plusieurs auteurs enseignent même que, appuyé sur cette possession, qui, selon eux, détruit la présomption de mitoyenneté, il pourra agir au pétitoire et réclamer pour lui seul la propriété de la haie ; mais c'est là une erreur, comme nous l'avons déjà démontré en parlant du mur mitoyen, et on ne pourra réclamer au pétitoire la propriété exclusive de la haie, qu'en vertu d'une possession de dix, vingt ou trente ans, selon les cas, car cette dernière seule est suffisante pour détruire la présomption de mitoyenneté.

B. *Effets de la mitoyenneté d'une haie.* — Ces effets sont les mêmes que ceux de la mitoyenneté des murs et des fossés; car ils découlent tous plus ou moins directement du grand principe que la mitoyenneté est la propriété indivise entre deux individus; d'où il suit qu'en ce qui concerne les haies, par exemple, tous les copropriétaires ont les mêmes droits et sont tenus des mêmes obligations. Ainsi chacun profitera des fruits, du bois et des émondes que pourra produire la haie; chacun aussi pourra se décharger de l'entretien de la haie, en en abandonnant la mitoyenneté ou encore s'opposer à sa destruction et même forcer le voisin à la replanter, au cas où il l'aurait détruite, ou enfin exiger qu'elle soit remplacée par un mur mitoyen si elle est située dans une ville ou dans un faubourg, et cela lors même qu'elle aurait été elle-même auparavant, établie à frais communs. D'un autre côté, chacun des propriétaires sera tenu des obligations corrélatives à ses droits, tels que entretenir la haie et ne pouvoir la détruire, sans le consentement de son voisin, etc.

Lorsque deux héritages sont séparés par une haie et un fossé qui se touchent, à qui appartiendra la haie, à qui le fossé?

Il n'y a pas de difficulté si la mitoyenneté du fossé est reconnue, la haie alors appartient

à celui du côté duquel elle est. Il en sera de même si le fossé appartient en totalité à celui du côté duquel se trouve la haie. Mais lorsqu'il n'existe aucun titre que l'on puisse consulter, et qu'il y a en même temps contestation sur la mitoyenneté ou la propriété exclusive d'un fossé, des doutes fort embarrassants peuvent s'élever. Dans ce cas, en effet, deux présomptions contraires sont en présence, celle de l'article 666 et celle de l'article 670; or quelle est celle qui doit l'emporter et pour quelles raisons? Est-ce la haie qui doit être présumée mitoyenne ou bien est-ce le fossé? On a beaucoup discuté sur cette question sans arriver à la résoudre d'une façon tout-à-fait satisfaisante; aussi pensons-nous que, en présence du silence du Code, il faudra s'en rapporter aux faits lorsque la question se présentera et laisser aux magistrats le soin de trancher la difficulté, d'après les circonstances.

Lorsque la haie, au lieu d'être mitoyenne, appartient exclusivement à l'un des voisins, il peut en faire ce qu'il veut, la conserver ou la détruire; seulement, le Code n'ayant donné aucune règle sur ce sujet, devra-t-il le faire à sa guise, ou suivre encore les anciens usages qui ordonnaient certaines précautions lorsqu'on voulait la détruire? Nous serions assez porté à

croire que c'est à ce dernier parti qu'on doit s'arrêter ; car le Code n'ayant pas remplacé les usages anciens, il serait fort difficile de savoir à quelle règle s'en rapporter si on ne les suivait pas.

### § 2. — Des arbres situés sur les confins de deux héritages.

L'article 673 nous dit : « Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie ; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus. » Cette disposition bien qu'elle ne dérive pas de la mitoyenneté, comme semblerait l'indiquer la rédaction de l'article 673, est fort sage néanmoins ; car elle évite beaucoup de procès et de chicanes qui, sans elle, auraient constamment eu lieu, lorsqu'il aurait fallu faire le partage des émondes et des fruits. A la moindre difficulté donc, l'un des voisins pourra forcer son copropriétaire à lui aider à abattre les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, aussi pourra-t-il l'empêcher de remplacer les arbres qu'un cas fortuit quelconque aurait déracinés. Si, ni l'un ni l'autre des voisins ne veut user de son droit et que tous deux lais-

sent subsister les arbres qui se trouvent dans la haie, la participation aux fruits et la contribution à l'émondage de ces arbres devront avoir lieu par moitié. C'est ce qui résulte du texte même de l'article 673.

## CHAPITRE III.

### DE LA DISTANCE A OBSERVER POUR LA PLANTATION DES ARBRES ET DES HAIES VIVES.

Toutes les législations anciennes et modernes ont réglé la question dont nous allons nous occuper et il ne pouvait guère en être autrement ; car, s'il était permis à un voisin de faire des plantations trop rapprochées de l'héritage voisin, elles lui nuiraient soit par leurs branches qui donneraient de l'ombrage et empêcheraient quoi que ce soit de croître, soit par leurs racines qui absorberaient tous les sucs de la terre. Notre Code a lui-même réglementé cet état de choses dans les articles 671 et 672, Code civil, dont les termes sont tellement généraux qu'ils nous portent à croire qu'ils s'appliquent à toutes les hypothèses, que les fonds soient situés à la ville ou à la campagne, que l'héritage voisin soit une cour ou un jardin. On s'est demandé si la solution serait encore identique, dans le cas où les plantations seraient dans un terrain clos de murs, et on a essayé de faire une distinction entre les arbres qui

deviendraient plus hauts que le mur et ceux dont la hauteur resterait moindre; les premiers, disait-on devront suivre la règle, quant aux seconds, on ne peut le demander puisque leur ombrage ne nuit pas au voisin. Nous ne croyons pas cette solution bonne, car l'article 671 est absolu et ne distingue pas; dès lors, nous ne pouvons distinguer. Ajoutons toutefois que, la plupart du temps, ce qu'il y a de dur dans cette solution sera mitigé par les usages locaux, auxquels l'article lui-même renvoie et qui permettront une plantation plus rapprochée. Peu importe, du reste, le mot planter, dont se sert le texte; les arbres semés, soit de main d'homme, soit naturellement, doivent remplir les mêmes conditions que les autres. Mais nos articles ne s'appliquent évidemment pas au cas où deux bois seraient contigus, car alors il ne serait nullement nécessaire d'observer les distances requises pour la plantation; le tort étant réciproque s'annulera.

Nous avons dit que les articles dont nous nous occupons renvoient aux usages locaux, cela se comprend facilement lorsque ces usages consacrent une distance égale ou supérieure à celle indiquée par le Code, comme devant exister entre les plantations et l'héritage voisin; mais lorsqu'elle est inférieure, faut-il encore en tenir

compte ? Nous le croyons, car le Code ne distingue pas ; il en serait encore ainsi, croyons-nous, lors même que l'usage n'en exigerait aucune, car bien que certains auteurs aient soutenu qu'un pareil usage n'en était pas un, puisqu'il ne consacrait rien du tout, nous admettons le contraire, ne pouvant nous figurer un usage qui n'en soit pas un. Nous laissons aux magistrats le soin d'apprécier si les arbres sont ou non de haute tige.

Lorsque c'est une clôture mitoyenne qui sépare les héritages, on calcule la distance requise pour planter, à partir de la moitié du mur, du fossé ou de la haie ; si, au contraire, cette clôture appartient à l'un des voisins, on la compte à partir de la ligne de la séparation qui ne longe pas son héritage, et c'est au moment de la plantation que cette distance doit être calculée ; si elle n'avait pas été observée, le voisin pourrait, en se référant au juge de paix, demander que l'arbre soit arraché. Si cependant il ne l'était pas et qu'il existât ainsi pendant trente ans, le propriétaire aurait acquis par prescription le droit de l'y conserver, droit qui constituerait une véritable servitude. Peu importe, du reste, que cet arbre, tout petit lorsqu'on l'a planté, ait grossi depuis ; car, bien que petit, il constituait une violation et un empiètement sur le droit du

voisin qui devait bien s'attendre à le voir grandir. Il faut, cela va sans dire, que la possession soit paisible, publique et ait les caractères nécessaires pour être valable, et, de plus, il faut que les arbres, qui existent ainsi sur le fonds du voisin, ne soient pas épars et isolés çà et là, mais forment une avenue; car, dans le premier cas, lorsqu'ils sont isolés, le propriétaire a bien acquis sur le fonds voisin une servitude continue et apparente, mais qui ne doit avoir qu'une durée temporaire, comme celle des arbres eux-mêmes auxquels elle est attachée ; lors donc qu'ils viennent à périr, elle périt aussi. Remarquons, en effet, qu'il existe une grande différence entre les servitudes attachées à l'existence d'un arbre et celle attachée à l'existence d'un mur ; car si un mur est démoli, puis reconstruit identiquement dans les mêmes conditions on pourra dire que c'est le même mur; en quoi, en effet diffère-t-il de l'autre ? Il n'en est point ainsi des arbres qui ont chacun leur personnalité, leur individualité propre. Tel arbre ne saurait être pris pour tel autre ; dès lors un arbre n'acquiert de servitude pour le fonds sur lequel il est excru que pour le temps de son existence, aussi ne pourra-t-on le remplacer lorsqu'il aura été détruit. La doctrine qui autorise le remplacement, donnerait, en effet, naissance à de nombreuses

contestations pour arriver à savoir si chaque arbre que l'on planterait à la distance prohibée, en remplacerait un autre, ou s'il est bien à la même distance du fonds voisin. La solution de la question est toute autre, croyons-nous, au cas où une avenue entière aurait été possédée pendant trente ans à la distance prohibée ; car ce n'est plus chaque arbre individuellement que l'on considère, mais l'avenue elle-même ; or elle peut durer toujours si on a le soin de remplacer au fur et à mesure les arbres qui s'en vont ; donc elle acquiert pour le fonds sur lequel elle repose, une servitude perpétuelle ; ajoutons toutefois que deux autres opinions existent et qu'elles sont soutenues par d'éminents auteurs.

Il va sans dire qu'on peut toujours acquérir par titre, le droit de planter des arbres plus près du fonds voisin qu'il n'est d'usage ; c'est alors une simple question d'interprétation que celle de savoir si les arbres peuvent être supprimés puis remplacés. Si le droit d'avoir des arbres, dans les conditions énoncées ci-dessus, résultait de la destination du père de famille, nous pensons que, une fois détruits, il ne pourraient être replantés.

Nous savons à quelle distance de la propriété voisine les arbres doivent être plantés, mais il nous reste à examiner ce qu'il y a à faire, lorsque

des arbres plantés régulièrement envoient leurs branches ou leurs racines sur le fonds du voisin. Cette hypothèse est réglementée par l'article 672, §§ 2 et 3, ainsi conçu : « Celui sur la propriété duquel avancent les branches du voisin peut le contraindre à les couper; si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les couper lui-même. » Ces dispositions dérivent naturellement du principe énoncé dans l'article 552 : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. » C'est le propriétaire de l'arbre lui-même qui doit couper les branches (bien entendu il ne sera forcé de le faire que dans la saison la moins désavantageuse), tandis que le voisin peut lui-même couper les racines, ce qui est raisonnable, car le contraire aurait pu susciter beaucoup de difficultés, et entraver même les opérations agricoles.

Contrairement à l'article 671, celui que nous étudions actuellement ne s'occupe pas des usages locaux ni des coutumes; ce qu'il importe beaucoup de remarquer, car il faudra toujours suivre les prescriptions du Code, lors même qu'on se trouve dans une province où les usages étaient tout-à-fait contraires. Il n'y a pas d'exceptions à cet article pour les forêts et lors même que l'exécution de la règle causerait de grands

dommages. Il est vrai cependant de dire que l'article 150 du Code forestier a remédié, en grande partie, à cet état de choses en ce qui concerne les arbres âgés de plus de trente ans. Remarquons que c'est seulement lorsque les arbres sont plantés à la distance prescrite, que le voisin peut ainsi faire couper leurs branches; car, s'ils n'étaient pas à la distance voulue, le voisin pourrait les faire abattre. Mais que décider dans le cas où les arbres n'étant pas à la distance voulue, le voisin a acquis le droit de les y conserver ? Cette question est très-controversée et a donné naissance à trois systèmes. Nous adoptons celui qui est le plus généralement admis par la doctrine et qui enseigne que les droits d'abattage et d'élagage sont distincts, et que lors même que le premier serait prescrit, le second existerait toujours; tout au plus pourrait-on admettre que le voisin ne pourrait les faires élaguer quand ils seraient placés si près de son fonds qu'ils devraient nécessairement périr des suites de l'opération, ce qui alors deviendrait un moyen détourné de les faire abattre.

Enfin, un propriétaire qui a laissé pendant trente ans les branches des arbres voisins avancer sur son fonds, peut, croyons-nous, même au bout de ce temps, demander qu'on les élague ;

ce droit, par conséquent, ne saurait être prescrit; et en effet, il faut, pour qu'on puisse admettre une prescription quelconque, qu'il soit possible de déterminer, d'une façon précise, le moment où elle a commencé; or ici, c'est impossible ; comment saisir, en effet, l'instant où les branches ont surplombé le fonds voisin pour la première fois ? Ne serait-on pas autorisé à dire, au surplus, que c'est par simple tolérance que le voisin n'a pas demandé, dès l'origine, l'élagage des branches qui avançaient sur son fonds? Il n'y a enfin rien dans ce fait qui puisse indiquer l'intention, de la part du propriétaire de l'arbre, de prescrire ce droit. La solution contraire devrait être admise, s'il était démontré que le voisin a demandé que l'élagage fût fait, et que malgré cette demande on fût resté sans le faire pendant le temps nécessaire pour prescrire. Donc le droit de demander l'élagage est imprescriptible, et il en est à *fortiori* de même, pour les racines que le voisin coupera lorsque bon lui semblera. Jamais toutefois le voisin ne pourra demander d'indemnité pour le passé; car alors, il est censé avoir toléré les branches sur son fonds.

Lorsque les branches avancent ainsi sur le fonds voisin, les fruits qui y croissent appartiennent au propriétaire de l'arbre, mais tou-

tefois ils appartiennent tantôt en entier et tantôt par moitié seulement au propriétaire voisin. Bien que ces anciens usages soient abrogés, il n'en est pas moins permis aux propriétaires de s'arranger comme ils le voudront pour la récolte des fruits, et lorsque ce sera le propriétaire de l'arbre qui les recueillera, on pourra se demander comment il fera pour les ramasser ; aura-t-il à cet effet droit à un chemin sur le terrain du voisin? Il faut distinguer deux hypothèses : 1° le cas où le voisin aurait perdu le droit de faire couper les branches qui s'avancent sur son fonds, et alors il semble que le droit d'aller faire la récolte soit corrélatif de l'autre dont il découle naturellement ; 2° le voisin conserve toujours le droit de forcer le propriétaire de l'arbre à en couper les branches ; ici la question est plus difficile et a donné lieu à plusieurs systèmes dont aucun n'est très-satisfaisant ; nous croyons simplement que le voisin qui n'exige pas l'élagage consent tacitement à remettre lui-même les fruits au propriétaire ou à lui permettre au moins de venir les chercher.

Remarquons enfin que la disposition de l'article 672 n'est pas d'ordre public, que, par conséquent, un contrat par lequel l'un des voisins s'engagerait à ne jamais forcer l'autre à élaguer, serait parfaitement valable.

## CHAPITRE IV.

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS.

Nous allons examiner, sous un chapitre spécial, la disposition qui parle de la distance et des ouvrages intermédiaires, requis pour certaines constructions, parce que le législateur a lui-même consacré une section particulière à l'article où ce principe est énoncé. Peut-être aurait-il mieux valu cependant que cet article fût placé dans la section qui a trait au mur mitoyen, puisque c'est surtout de ce mur qu'il va être question ici.

L'article 674, dont les dispositions règlent notre sujet, repose sur ce principe, que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute de qui il est arrivé à le réparer et n'est en somme qu'un renvoi aux usages et règlements locaux. Les articles qui s'occupent de la clôture forcée dans les villes et les faubourgs, et de la distance à observer pour la plantation des arbres, s'en ré-

fèrent aussi aux anciens usages, constants et reconnus ; mais, en même temps, ils indiquent ce qu'il y a à faire, lorsque ces usages font défaut. Il n'en est pas ici de même ; aussi, lorsque dans les hypothèses qui vont nous occuper, aucun usage local ne déterminera la distance à observer, la présomption sera qu'aucune distance ne sera requise ; seulement, en fait, les tribunaux auront à apprécier s'il ne faut pas, soit dans l'intérêt du voisin, soit dans celui plus général de la société, mettre quelque restriction à ce droit illimité qu'auraient ainsi les voisins ; car mieux vaut prévenir un mal que d'être ensuite appelé à le réparer.

On a pu se convaincre, en lisant l'article 674, qu'il prévoit seulement quatre hypothèses distinctes : Établir un puits, ou une fosse d'aisances près du mur, y adosser une cheminée, y appuyer une étable, enfin y déposer un amas de matières corrosives. Mais ces cas sont-ils limitativement déterminés, ou bien peut-on, par assimilation, en ajouter d'autres ? Un système, se basant sur cette idée que les servitudes sont des exceptions au droit de propriété, a soutenu que l'énumération du Code devait être entendue limitativement. Telle toutefois n'est pas notre opinion, et nous pensons qu'il est plus sage et aussi plus conforme à la pensée du lé-

gislateur d'étendre cette disposition aux autres ouvrages ou entreprises, présentant avec ceux du texte des analogies telles qu'il semble impossible de ne pas les leur assimiler; le législateur n'a fait que donner des exemples; c'est aux magistrats de s'inspirer de l'esprit du texte et non de sa lettre, lorsque les ouvrages sur lesquels ils devront se prononcer auront avec ceux qu'il mentionne des analogies évidentes; la raison elle-même l'exige ainsi.

Ici encore chaque voisin peut renoncer, en faveur de l'autre, au droit qui lui est accordé par l'article 674, en tant que ce droit a été édicté spécialement en sa faveur; mais il n'en serait pas de même, dans le cas où la précaution exigée par l'article 675 aurait été prise dans un intérêt général, celui, par exemple, de prévenir les incendies. Ces conséquences découlent, du reste, naturellement des principes déjà énoncés plus haut. Si un ouvrage rentrait à la fois dans un des cas prévus par les articles 662 et 674, il n'est nul besoin de dire que ces deux articles devraient être observés concurremment; car, loin de se neutraliser, ils se complètent l'un l'autre.

Si l'un des voisins, méprisant les obligations imposées par le Code, avait fait des ouvrages prévus par l'article 674, sans toutefois prendre aucune des précautions prescrites par cet article,

l'autre voisin serait en droit d'exiger l'enlèvement immédiat des dépôts, ou la destruction des constructions faites ainsi, en contravention à l'article 674, à moins que le voisin ne s'engage à prendre sur-le-champ les précautions qu'il a omises, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être dus pour le cas où le mur mitoyen ou non-mitoyen aurait été endommagé. Il faut même aller plus loin et dire que le propriétaire, bien qu'il ait pris toutes les mesures prescrites par l'article 674 et les règles de l'art, n'est pas encore entièrement à l'abri de toute action de la part du voisin qui éprouverait quelque préjudice ; car, en vertu du principe que j'ai déjà rappelé tout à l'heure et qui oblige celui qui a causé un dommage à autrui à le réparer, il doit le dédommager ; bien certainement en effet l'article 674 n'a pas eu pour but de déroger à cette maxime. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le voisin qui réclame devra le faire en vertu d'un dommage existant et réel et non en vue d'accidents qui pourraient arriver dans un avenir plus ou moins prochain.

# CHAPITRE V.

## DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DU VOISIN.

Cette question a toujours beaucoup préoccupé les législateurs de tous les temps et de tous les pays, aussi bien les Romains que nos anciens coutumiers; et cela se comprend, car le fait de pouvoir être continuellement aperçu dans ses diverses occupations est fort désagréable pour celui qui en souffre.

Le Code, suivant une distinction très-ancienne et aussi très-juste, sépare les vues que l'on peut avoir sur le fonds voisin, en jours de souffrance ou simplement jours (*jus luminum*) et en vues proprement dites (*jus ne luminibus officiatur*, *jus prospectus*). Nous suivrons sa division et commencerons par dire quelques mots des jours de souffrance.

### SECTION I.

#### DES JOURS.

Les jours sont des ouvertures pratiquées dans un mur, dans le but unique de donner de la

clarté et de la lumière à certaines portions obscures d'un édifice, mais disposées de telle façon que la vue ne saurait se porter au-dehors et que l'air même ne pourrait y trouver accès.

Le mur dans lequel on veut établir la vue peut occuper trois positions différentes : ou bien être situé sur la limite des héritages, ou bien être à la distance requise par les articles 678 et 679, ou bien enfin ne pas être à fin d'héritage, sans toutefois en être éloigné à la distance requise par les articles précités.

*Premier cas.* — Dans cette hypothèse, c'est-à-dire quand le mur est situé sur la limite des héritages, il faut faire une sous-distinction et examiner s'il est mitoyen ou si, au contraire, il appartient à celui qui veut y percer des jours.

A. S'il est mitoyen, c'est l'article 675 qui nous indique les règles a observer ; il faut, dit-il, dans quelque situation que ce soit, aussi bien à la ville qu'à la campagne, le consentement du voisin, sans lequel rien ne peut être fait ; la raison en est que la destination du mur mitoyen n'est pas de supporter des vues : cette faculté pourra cependant être acquise par prescription.

B. Le mur n'est pas mitoyen, mais appartient exclusivement à celui des voisins qui veut pratiquer les ouvertures, et alors son droit est réglé

par les articles 676 et 677 qui nous disent, article 676 : « Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer dont les mailles auront un décimètre d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant. » Et article 677 : « Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à 19 décimètres au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs. » Et ces dispositions sont fort sages ; car on a ménagé, d'un côté, le droit qu'a le propriétaire de faire ce que bon lui semble sur son mur, et de l'autre la sécurité et l'agrément du voisin, en ne permettant pas qu'on pût s'introduire chez lui, ou y jeter des regards indiscrets. Ce but a été parfaitement atteint par l'article 677, d'où il ressort que la loi a pris une triple précaution afin de permettre de donner accès au jour sans laisser passer la lumière.

1° La loi a voulu que les ouvertures fussent à fer maillé, et a elle-même déterminé la largeur ou plutôt l'espace intermédiaire entre les fils du treillis, qui doit être au plus de un décimètre.

2° Il faut, en outre, que l'ouverture soit

fermée par un châssis à verre dormant, c'est-à-dire fixé à perpétuelle demeure, qui, non-seulement ne soit pas ouvert, mais encore qu'on ne puisse ouvrir sans le briser ou le détruire. Ainsi, un châssis fixé seulement au moyen de clous ne satisferait pas aux conditions exigées par la loi ; car il pourrait facilement être enlevé ou tomber par vétusté ;

3° Il faut enfin, et toujours dans le même but, que les ouvertures soient pratiquées à la hauteur de 26 décimètres au-dessus du sol pour le rez-de-chaussée, et à celle de 19 pour les autres étages. Il résulte de cette disposition que si les héritages ne sont pas situés au même niveau, la hauteur doit être également calculée à partir du sol de l'appartement que l'on veut éclairer, sans qu'on ait à se préoccuper de la hauteur de l'autre côté. Il ne peut y avoir, en effet, dans ce cas, plus de vue sur le sol du voisin que dans celui que nous étudiions auparavant. D'un autre côté, nous pensons que les jours de souffrance, percés pour éclairer les caves, peuvent être placés à telle hauteur que l'on jugera convenable ; car notre article ne parle que du rez-de-chaussée et des étages supérieurs. Si l'ouverture est pratiquée dans un escalier, il faudra lui en faire suivre la direction ascendante et la courbure, de façon à ce qu'en aucun en-

droit, elle n'ait une hauteur moindre que celle qui est fixée par la loi ; cette hauteur se mesure à partir du sol jusqu'à la partie inférieure du jour.

Le propriétaire qui aurait permis à son voisin d'appuyer un bâtiment sur le mur qui est sa propriété exclusive, pourrait, nonobstant cela et pourvu toutefois que le voisin n'eût pas acquis de servitude *oneris ferendi*, pratiquer des ouvertures dans ce mur ; car, pouvant obliger le voisin à démolir sa maison, il peut *a fortiori* percer des jours dans le mur qui la soutient ; et cette solution s'applique également à l'exhaussement fait sur un mur mitoyen par un seul des copropriétaires. Il est, par contre, impossible de nier que le voisin puisse bâtir ou planter de son côté, de façon à obstruer les jours qui ont été établis, ou même acheter la mitoyenneté du mur et aussi acquérir le droit de les faire boucher ; peu importe d'ailleurs qu'il ait ou non l'intention de bâtir. Les mêmes principes sont, croyons-nous, applicables lors même que l'ouverture serait fermée par des verres dépolis au lieu de verres ordinaires ; car ces verres s'usant vite, on en arriverait à acquérir une véritable servitude de vue.

*Deuxième cas.* — Dans ce deuxième cas, c'est-à-dire lorsque le mur n'est pas à fin d'hé-

ritage, mais n'est cependant pas placé à la distance du fonds voisin, requise par les articles 676 et 677, il faut suivre les règles que nous avons données pour le mur placé à fin d'héritage; car, bien que l'article 676 ne parle que du mur non-mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, il serait, croyons-nous, impossible en raison de ne pas les admettre ici, lorsque le mur est pour ainsi dire dans une position plus favorable et que, du reste, les articles 678 et 679, ne défendant que l'ouverture des vues droites et obliques seulement dans les murs qui ne sont pas à la distance voulue de l'héritage, permettent les autres par argument *a contrario*.

*Troisième cas.* — Dans le troisième cas, enfin, c'est-à-dire quand le mur est à la distance requise par les articles 678 et 679, il va sans dire qu'on peut y pratiquer tels jours que l'on voudra et de telle façon que bon semblera, puisqu'on peut même y établir des vues dont nous allons maintenant nous occuper.

## SECTION II.

### DES VUES PROPREMENT DITES.

Nous n'avons pas à nous préoccuper ici du

cas où le mur dans lequel on veut établir des ouvertures serait mitoyen, car on ne pourrait, d'après l'article 675, y établir que des jours. Lorsqu'au contraire le mur appartient à un seul propriétaire, ce sont les articles 678 à 680 qui tracent les règles qu'il faut suivre pour déterminer dans quels cas et sous quelles conditions il lui sera permis d'y pratiquer des vues soit droites, soit obliques. Nous allons diviser cette matière en trois paragraphes correspondant aux trois points suivants:

1° Des vues droites et obliques ;

2° De la distance requise pour établir les vues, comment elle se compte et dans quels cas elle doit être observée ;

3° Du cas où la distance requise n'a pas été observée.

### § 1. — Des vues droites et obliques.

« La vue droite, dit M. Demolombe, est celle qui s'exerce dans un mur parallèle à la ligne de séparation des deux héritages et qui permet à l'observateur de voir le fonds voisin en face et sans faire aucun mouvement de côté. »

« La vue oblique, au contraire, l'oblige à se tourner de côté et à porter ses regards à droite et à gauche, pour voir le fonds voisin ; c'est

celle qui s'exerce dans un mur perpendiculaire ou à peu près, à la ligne séparative des deux héritages. »

« Il est évident, d'après cela, que c'est la position respective des héritages voisins qui détermine si la vue qui s'exerce sur eux est droite ou oblique ; et la même vue peut être tout à la fois, ainsi qu'il arrive souvent, droite pour l'un et oblique pour l'autre. C'est ainsi, par exemple, qu'une fenêtre qui procure une vue droite sur le fonds situé au midi, ne procure qu'une vue de côté sur un autre fonds situé au levant, et réciproquement. »

Ce qui vient d'être dit au sujet des vues est toujours vrai, mais il ne faut pas croire que ce soit le seul cas où l'on puisse en avoir ; en effet, il n'est pas toujours nécessaire que les fonds soient parallèles ; ainsi doit-on, croyons-nous, admettre que celle qui s'exerce par le côté d'un balcon ou d'un ouvrage quelconque situé sur la façade de la maison parallèle à l'héritage voisin est néanmoins droite ; car l'article 679 considère comme telle toute vue qui permet d'apercevoir de face le fonds du voisin ; et c'est ce qui arrive lorsqu'on est sorti sur le balcon.

Pour les vues obliques, il faut qu'il y ait un angle quelconque formé par le mur et la ligne séparative des héritages, de telle sorte que si le mur est

situé sur la même ligne que l'autre héritage, nous ne croyons pas qu'il puisse y avoir aucune espèce de vue, à moins toutefois qu'un balcon n'existât, auquel cas une vue oblique pourrait exister, puisqu'alors, au moyen du balcon, les fonds n'étant plus sur la même ligne, forment un retour d'équerre l'un sur l'autre. Il y a donc vue oblique quand le mur forme un angle aigu ou obtus avec la ligne séparative des héritages. Dans le premier cas, on doit observer à la fois la distance requise pour la vue droite et pour la vue oblique ; dans le second, il suffit de se conformer aux prescriptions obligatoires pour les vues obliques.

Les vues dont nous venons de parler s'exercent par des fenêtres ouvrantes, par des balcons ou autres saillies; mais on s'est demandé si une porte devait être considérée comme donnant naissance à une vue, dans le sens de nos articles. Nous le croyons, lorsqu'elle est vitrée, auquel cas il n'y a pas de raison de la distinguer des fenêtres véritables.

**§ 2. — De la distance requise pour établir les vues, comment elle se compte et dans quels cas on doit l'observer.**

Tout l'espace dont se compose la distance requise doit être pris sur le terrain de

celui qui possède la vue, de telle façon qu'elle n'atteigne aucun point du fonds voisin, avant d'avoir parcouru toute cette distance.

S'il s'agit d'une vue droite, l'application ne sera pas difficile, et la distance se comptera depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture est pratiquée, lorsqu'il n'y aura ni balcons ni terrasses, ni autres ouvrages semblables destinés à faciliter l'exercice de la vue; si au contraire il en existe, la distance se comptera depuis leur bord extérieur jusqu'à la ligne séparative des héritages. Quant aux vues obliques, la distance doit se calculer depuis l'arête du jambage le plus rapproché de la ligne séparative et jusqu'à cette même ligne: en un mot, et c'est ce qu'aurait dû dire l'article 680, dont la rédaction telle qu'elle existe n'est pas exacte et ne peut s'appliquer qu'aux vues droites, la distance doit se calculer à partir de l'endroit le plus rapproché de la ligne séparative des propriétés d'où la vue peut s'étendre sur le fonds voisin jusqu'à cette ligne; car, en calculant autrement, on en arriverait à interdire presque toutes les vues de côté.

La ligne séparative des héritages est, en général, facile à déterminer, surtout lorsqu'il n'y a pas de clôture entre eux; mais il n'en est pas toujours ainsi quand la séparation est faite au

moyen de murs, haies ou fossés, auquel cas il faut distinguer entre les clôtures appartenant pour le tout à l'un des voisins et celles qui sont mitoyennes.

Lorsque la clôture appartient exclusivement à l'un des propriétaires, la ligne de séparation se trouve, soit en dehors, soit en dedans de la clôture, par rapport à la maison qui exerce les vues, suivant qu'elle appartient ou non à celui qui possède la vue. Est-elle, au contraire, mitoyenne, la ligne séparative se placera fictivement au point milieu du mur, de la haie ou du fossé; c'est le seul moyen de concilier les droits des deux parties.

Ajoutons que c'est au moment même où l'ouverture est pratiquée qu'il faut calculer la distance et voir si elle a été observée; d'où il suit que plus tard, le voisin, en achetant la mitoyenneté du mur ou même tout l'espace qui sépare la fenêtre de la limite des héritages, ne pourra faire boucher cette vue. Remarquons toutefois que si le mur venait à être démoli, puis reconstruit, les vues devraient être reportées à la distance légale calculée d'après les règles que nous venons d'indiquer, et cela aurait lieu lors même que la mitoyenneté aurait été achetée depuis plus de trente ans; car, par la démolition, l'acquéreur rentrera dans le droit commun et

pourra, par conséquent, demander que la distance soit observée; c'était, en effet, en vertu de la tolérance de la loi elle-même que la vue existait, non en vertu d'une servitude. De même aussi aucune prescription ne pouvait courir contre le voisin, puisque toute action tendant à la rectification de la distance lui était interdite tant que le mur était debout.

Examinons maintenant dans quels cas les articles 678 et 679 doivent être appliqués, et remarquons tout d'abord qu'il importe peu ou point que l'héritage sur lequel s'exerce la vue soit clos ou pas clos, situé à la compagne ou à la ville, dans un lieu soumis ou non à la clôture forcée, bien que dans cette dernière hypothèse on ait voulu le soutenir dans certains cas; mais le texte de nos articles est absolu et ne donne prise à aucune distinction; nous allons même jusqu'à croire, sans toutefois prétendre que ce soit là l'hypothèse que le législateur a eue le plus en vue en rédigeant ces articles, nous croyons dis-je, que les vues ménagées dans les murs d'un parc et donnant sur la campagne, doivent être établies, d'après les mêmes règles, à la distance voulue des fonds voisins, et que s'il n'en est pas toujours ainsi, c'est grâce seulement à la tolérance des voisins, qui pourraient l'exiger si tel était leur bon plaisir.

Nous venons de passer en revue ce qui a lieu lorsque les fonds sont contigus ; recherchons maintenant quelles règles sont applicables lorsqu'il existe entre eux un espace intermédiaire, et pour cela distinguons trois hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Le fonds intermédiaire appartient à un tiers. Il n'y a dans ce cas aucune difficulté, les articles 678 et 679 exigeant simplement que la distance prescrite soit observée, sans distinguer si les propriétés sont contigues ou s'il existe entre elles un fonds appartenant à un tiers, nous croyons qu'il faut admettre la même solution que tout à l'heure et dire que la distance doit toujours être observée ; car il importe peu à celui sur le fonds duquel les vues pénétreraient à une distance moindre que celle prescrite par la loi, que l'espace intermédiaire appartienne au maître du mur ou à tout autre, le désagrément sera toujours le même.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE.—Lorsque l'espace intermédiaire est un terrain commun aux propriétaires de chaque côté, la question demande une sous-distinction. Ou bien le terrain intermédiaire est affecté à l'usage commun des deux fonds, comme une cour ou une allée, et alors nous pensons que les vues pourront s'exercer dessus sans qu'il soit

nécessaire d'observer les distances prescrites, puisque la destination du terrain sur lequel elles portent est de servir le plus possible à l'utilité des fonds qui le possèdent ; ou bien, au contraire, le terrain intermédiaire n'est pas affecté à cet usage, et alors la distance doit se compter à partir du fonds jusqu'au milieu de la chose commune.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — L'espace intermédiaire est une voie publique. Dans ce cas, croyons-nous, il n'est pas nécessaire d'observer la distance légale ; car nous sommes en face du domaine public, ouvert à tous, où chacun passe et jette les yeux où il veut ; dès lors, qu'importe que le fonds opposé subisse la vue de la maison d'en face, puisqu'il est obligé de supporter déjà celles de la rue, bien autrement désagréables ? Les rues, du reste, dans l'opinion contraire, ne rempliraient pas un des buts pour lesquels elles existent, et qui est de fournir de l'air aux maisons qui les bordent. La même solution doit être appliquée aux vues obliques, exercées comme celles dont nous venons de parler, sur une dépendance du domaine public ou municipal ; ce qui n'est pas le cas régi par l'article 675, qui n'a trait qu'aux vues qu'un héritage exerce sur un autre héritage.

Si, au lieu d'un fonds ouvert, il y avait en face de l'endroit d'où s'exercent les vues, un mur au-dessus duquel elles ne pourraient dominer, il faudrait dire, sans distinguer si le mur appartient ou non au propriétaire des vues ou est mitoyen, que celui qui possède une vue pourra toujours l'exercer; car il l'exercera, ou sur sa chose, ce qu'on ne peut lui contester, ou sur celle d'autrui, sans lui causer de dommage, et alors il faudra appliquer cet axiome : « sans intérêt, pas d'action »; mais au cas où le mur, par une cause quelconque, viendrait à disparaître, le voisin pourrait demander la suppression des vues, et cela lors même qu'elles existeraient depuis plus de trente ans, la prescription, en effet, ne pouvant courir dans ce cas, puisqu'elles ne s'exercent pas sur le fonds voisin lui-même, mais sur le mur seulement.

Les vues dont nous avons parlé s'exercent au moyen de fenêtres, balcons, terrasses ou autres semblables saillies, dit l'article 678, et par ces derniers mots nous devons entendre tout endroit d'où on peut voir sur la propriété du voisin sans qu'il puisse y avoir de sa part réciprocité complète; ainsi le toit d'une maison sur lequel on pourrait se promener donnerait lieu à réclamation, s'il n'était pas à la distance voulue des héritages voisins. Cependant, il ne faudrait pas

pousser trop loin cette doctrine et dire que tout endroit élevé, même temporairement, et d'où on pourrait voir sur l'héritage voisin, comme un tas de bois de construction dans un chantier, devrait être supprimé. C'est aux magistrats qu'il appartiendra de distinguer les nuances, fort délicates parfois, qui existent entre les vues prohibées et celles qui ne le sont pas.

**§ 3. — Du cas où la distance prescrite n'a pas été observée.**

Si, au moment où les vues ont été pratiquées, les distances exigées par la loi n'ont pas été observées, le propriétaire voisin, dans les campagnes comme dans les villes, a le droit de demander qu'elles soient ou supprimées ou ramenées aux conditions légales, à moins que le voisin ne possède le droit de les conserver, droit qui peut découler d'un titre, de la destination du père de famille ou de la prescription, et qui constitue une véritable servitude.

Nous avons déjà vu plusieurs fois que le titre faisait toujours foi de ce qu'il contenait ; aussi lorsqu'il en existera un, sera-ce dans ses dispositions mêmes qu'il faudra chercher tous les caractères et effets de la servitude qui a été établie : voir, par exemple, si c'est une servitude de jours, de vue ou de prospect, et

déterminer la distance des ouvertures, leur hauteur, etc. Si le titre, cependant, ne s'occupait pas de tous ces détails, il faudrait suppléer à ceux qui manquent par les dispositions du Code. La même solution doit être admise lorsque la servitude résulte de la destination du père de famille, car cette destination vaut titre, dit l'article 692.

Le propriétaire voisin a le droit, avons-nous dit, de faire boucher les vues qui donnent sur son fonds sans être à la distance légale; mais lorsqu'il a différé trop longtemps et que cet état de choses dure depuis trente ans, la faculté qu'il avait est prescrite, et il doit désormais supporter les jours qui ouvrent sur son fonds. Ceci n'est contesté par personne; mais il n'en est pas de même de la question de savoir si, ennuyé de ces jours, il peut, afin de s'en débarrasser, bâtir sur son fonds ou acheter la mitoyenneté du mur.

Une première opinion répond oui dans les deux cas; car, dit-elle, le propriétaire, loin d'acquérir une servitude, s'est seulement libéré des restrictions imposées à son fonds par les articles 676 et suivants, et lors même qu'il en serait autrement, cela ne signifierait rien encore; car il n'a acquis que le simple droit de continuer à exercer ses vues, comme il le fait actuellement,

sans treillages, par exemple, mais il n'a pu acquérir en même temps, au détriment du fonds voisin, la servitude *non ædificandi*, qui ne saurait s'acquérir par prescription, sans qu'un commencement d'ouvrage, permettant au voisin de manifester son droit, ne vienne le rendre possible.

Nous ne pouvons, malgré les autorités qui la défendent, admettre cette opinion, et nous proposons la solution opposée. Remarquons tout d'abord que, ainsi que nous l'avons établi au commencement de cet ouvrage, les différentes restrictions imposées aux différents fonds par le législateur, dans l'intérêt commun des voisins, constituent le droit commun des propriétés en France et ne sont pas dès lors des servitudes. « Et, en effet, dit M. Demolombe, si le propriétaire après trente ans n'avait fait que libérer son propre fonds d'une servitude passive, sans acquérir sur le fonds du voisin une servitude active, il faudrait dire que les jours et les vues qu'il a ouverts contrairement aux dispositions de la loi, il les a ouverts *jure domini* et non pas *jure servitutis ;* et c'est bien là qu'en est venu Merlin, qui disait devant la Cour de Cassation, que c'est véritablement *jure proprietatis* qu'il a ouvert des fenêtres à une distance moindre que celle prescrite par la loi, et *qu'il n'a point pu les ouvrir* jure servitutis, *parce que, en se libérant*

*par la prescription d'une servitude passive, il n'a point acquis de servitude active sur son voisin.* »

« Or, il nous paraît de tous points impossible de soutenir que c'est *jure proprietatis* que le propriétaire a pu ouvrir d'abord et qu'il peut ensuite conserver, par l'effet de la prescription, des jours ou des vues à une distance prohibée ; car la règle générale est, au contraire, qu'en vertu de son droit de propriété tel que la loi le consacre et le reconnaît, il n'aurait pas pu ouvrir des jours ou des vues à cette distance. »

« Donc, c'est par exception à la règle générale du droit de propriété, donc c'est seulement *jure servitutis* que ces jours et ces vues peuvent désormais subsister. D'où il suit que le voisin ne peut pas les empêcher d'exister en édifiant un mur sur son fonds ou en achetant la mitoyenneté. »

Mais on nie encore cela en prétendant que si le propriétaire des jours et vues a, il est vrai, acquis une servitude, elle ne consiste pas dans le droit d'empêcher le voisin de faire ce qu'il voudra sur son fonds, sur lequel il peut faire tout ce qu'il veut, mais seulement dans le droit de conserver les ouvertures comme elles sont et où elles sont, peu importe jusqu'où la vue s'étendra.

Malgré ces arguments, nous ne sommes pas

convaincus ; nous croyons, au contraire, pouvoir les réfuter assez facilement. Et d'abord, le droit de vue étant une servitude continue et apparente (art. 688 et 689 ) peut s'acquérir par prescription, puisque, d'après l'article 690, les servitudes de cette classe s'acquièrent ainsi ; dès lors, la servitude existant, il ne peut dépendre du voisin de permettre qu'elle s'exerce ou ne s'exerce pas. C'est cependant là qu'en arrive le système contraire.

Et qu'on ne vienne pas dire que la vue sur le fonds voisin n'étant rien, ne peut être possédée ; car voir chez le voisin, mais c'est presque être chez lui ; et la preuve que cette vue est quelque chose, c'est qu'il veut s'en débarrasser.

Enfin, il est reconnu par tous que la servitude de vue établie, soit par titre, soit par destination du père de famille, ne peut être obstruée par un édifice élevé sur le fonds du voisin, quand même le titre ne dirait rien sur la distance à observer. Or, les mêmes servitudes s'établissant par prescription (qui suppose un titre égaré), que par titre ou destination du père de famille, la différence que l'on veut faire, quant aux effets, entre ces différentes manières d'acquérir, ne se conçoit pas. Peu importe, en effet, de quelle façon une chose est acquise,

du moment qu'elle l'est, elle produit toujours les mêmes effets. Donc le raisonnement du système contraire n'est pas juste ; nous en concluons que la solution qu'il admet est défectueuse, que par conséquent on doit la rejeter pour admettre la nôtre, qui enseigne que le voisin ne pourra faire de construction, même sur son fonds, dans le but d'obstruer les vues acquises.

La servitude, cela va sans dire, survit à la démolition du mur dans lequel se trouvent les ouvertures, et renaîtrait s'il venait à être reconstruit.

## CHAPITRE VI.

### DE L'ÉGOUT DES TOITS.

L'article 681 est ainsi conçu : « Tout propriétaire doit établir des toits, de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin. » Cette disposition est plutôt la réglementation de certaines relations de voisinage qu'une véritable servitude ; elle n'impose, en effet, aucune restriction au droit de propriété, se bornant simplement à régler la façon dont les eaux pluviales doivent être déversées pour ne pas faire de tort au fonds voisin. Mais remarquons que, bien que cet article ne parle que de l'égout des toits par où se déversent les eaux du ciel, il faut néanmoins en étendre les règles aux autres égouts qui pourraient envoyer leurs eaux sur le fonds voisin. Les uns et les autres, en effet, doivent être établis de telle façon qu'ils ne se projettent pas sur l'héritage voisin et n'y envoient pas leurs eaux, de manière à y causer quelque dommage.

Le Code prévoit dans notre article, qui est

conçu en termes généraux, non-seulement le cas où l'eau tomberait directement, soit par gouttes, soit par jet continu, mais encore celui où elle pénétrerait dans le sol par infiltration ou autrement. Ainsi, le propriétaire qui aurait laissé entre sa maison et le mur mitoyen ou le mur du voisin un espace tel que l'eau pénétrerait infailliblement jusqu'au pied de ce mur et en compromettrait ainsi la solidité, devrait être contraint à reculer sa gouttière ou son toit, ou du moins à prendre les mesures nécessaires pour obvier à cet inconvénient ; car il ne peut forcer le voisin à réparer sans cesse son mur, ni aggraver ainsi par son fait les charges de la mitoyenneté.

C'est à celui qui allègue que la loi a été violée à le prouver ; il en résulte qu'il y a en faveur du propriétaire de la gouttière une présomption de propriété du terrain compris entre la maison et la ligne de séparation des deux fonds, présomption qui autrefois n'était pas admise en vertu de cet adage : « nulle servitude sans titre », mais qui néanmoins est parfaitement rationnelle ; car il est très-naturel de supposer que le propriétaire a construit conformément à la loi, qui lui défendait de faire déverser ses eaux sur la propriété du voisin, qui, du reste, ne l'aurait pas toléré. Cette présomption de l'article 681 est simple,

croyons-nous, et susceptible d'être combattue par la preuve contraire, résultant d'un titre ou même de la possession annale, qui devrait avoir, ce qui sera très-rare dans le cas qui nous occupe, un caractère suffisant de publicité.

Mais, dans l'hypothèse où le terrain qui reçoit l'eau depuis plus de trente ans, appartient au voisin, le propriétaire du toit aurait cependant le droit de conserver ses gouttières telles qu'elles sont; car, ou il aura acquis ce droit par prescription ou, on peut le supposer du moins, il aura pris à l'origine sur son propre fonds le terrain qui reçoit l'eau, terrain que le voisin aura acquis, il est vrai, mais tel qu'il est, c'est-à-dire avec la charge de recevoir l'eau.

La servitude qui permet de déverser son eau sur le voisin, et qui est contraire à la présomption de l'article 681, qu'on appelle aussi servitude de bonne goutte, peut s'acquérir par titre, par destination du père de famille, ou par prescription. Remarquons qu'elle peut aussi être acquise activement par le voisin sur le fonds duquel l'eau est envoyée et qui veut en profiter; c'est la servitude *stillicidii non avertendi* du droit romain.

Enfin, on peut faire déverser ses égouts sur la voie publique, mais alors il faut se soumettre aux règlements administratifs et de police.

# CHAPITRE VII.

## DU DROIT DE PASSAGE.

Nous allons diviser ce chapitre en deux paragraphes et rechercher: 1° qui peut réclamer un droit de passage et dans quels cas ; 2° comment et sous quelles conditions il peut être exercé.

### § 1. — Qui peut réclamer un droit de passage et dans quels cas.

L'article 682 répond à cette double question : « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a aucune issue sur la voie publique peut réclamer un passage. » Et remarquons qu'il le peut sur quelque espèce de fonds que ce soit, bâti ou non bâti, ouvert ou fermé, dotal ou pas, peu importe. Ainsi a-t-on dit, c'est seulement le propriétaire qui peut demander le passage. C'est une erreur ; en général, tous ceux qui ont un droit réel sur le fonds enclavé, l'usager, l'usufruitier, l'emphytéote auront également ce droit ; mais il n'en sera pas de même du locataire et du fermier ; le propriétaire réclamera pour

eux ; car le bailleur est obligé, par la nature même de son contrat : « 1° de délivrer au preneur la chose louée, » dit l'article 1719. Or, Est-ce vraiment délivrer une chose à quelqu'un, que de lui céder une maison, une pièce de terre enclavées de tous côtés, si bien qu'il ne pourra pas en approcher ?

Nous disons : enclavées de tous côtés, c'est en effet la seconde condition requise pour donner lieu à la servitude de passage. Mais notons qu'il ne faut pas que cet état d'enclave résulte du fait même du propriétaire enclavé ou du partage d'un fonds en plusieurs ; car, dans ce cas, le chemin doit être pris sur les autres portions qui accèdent à la voie publique, lors même que le trajet serait plus long de ce côté qu'en passant sur les fonds voisins. Les copartageants, en effet, ne peuvent, par leur seul fait, porter atteinte au droit de propriété que le voisin a sur chaque partie de son fonds, ni lui imposer une servitude. Il faut que l'enclave résulte d'un fait de force majeure ou d'un cas fortuit, tel que l'invasion des eaux, ou encore l'établissement d'une ligne de chemins de fer qui feraient perdre au fonds l'issue qu'il possédait auparavant.

Quand y a-t-il enclave dans le sens de la loi ? C'est ordinairement lorsque le fonds n'a aucune issue sur la voie publique, lors encore que l'issue

que le fonds peut avoir, est insuffisante pour ses besoins, si, par exemple, un *iter* était la seule issue d'un fonds qui aurait besoin d'une *via*. Mais remarquons que le fonds qui aboutirait à un terrain communal ne serait pas enclavé ; par contre, celui sur lequel passerait un chemin de halage et qui n'aurait pas d'autre issue le serait, car ce chemin est réservé exclusivement au service du canal ou de la rivière. Il faut aussi que le passage soit demandé pour cause de nécessité absolue et non pas seulement pour cause d'utilité. Ce principe devrait être toutefois entendu humainement et d'une façon intelligente et pratique. C'est le sens plutôt que la lettre de l'article 682 qu'il faut considérer ; ainsi les magistrats devront-ils accorder un droit de passage nouveau à celui qui n'aurait pour accéder à son fonds qu'un endroit exceptionnellement dangereux. Ils devront aussi permettre d'élargir un chemin devenu trop étroit par suite d'un nouveau mode d'exploitation ; et nous ne distinguons pas entre les exploitations agricole et industrielle, bien que l'une soit plus onéreuse que l'autre ; notre article en effet ne distingue pas. Le droit de réclamer le passage pour un fonds enclavé est imprescriptible ; car c'est la loi qui le concède, et elle renouvelle sa concession tant que dure l'enclave.

C'est au moment où la servitude est réclamée que l'enclave doit exister. La servitude, une fois acquise, continuerait de subsister, alors même que postérieurement s'effacerait l'enclave. Mais elle peut s'éteindre aussi par prescription ; seulement on pourrait toujours redemander un droit de passage si le fonds redevenait enclavé, à la condition toutefois de payer une nouvelle indemnité, et cette solution nous amène à dire, tranchant ainsi une question très-controversée, que la servitude ne cesserait pas d'exister dans le cas où l'enclave viendrait à cesser d'une façon quelconque. Car les servitudes sont perpétuelles comme les héritages auxquels elles sont attachées et ne s'éteignent que par les modes déterminés par la loi.

### § 2. — Modes et conditions d'exercice du droit de passage.

Pour savoir comment le droit de passage doit être exercé, il faut consulter les articles 683 et 684. Article 683 : « Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. » Article 684 : « Néanmoins, il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. »

Ainsi, quand on détermine le fonds qui sera assujetti, il faut prendre ces deux articles en considération ; en les entendant, toutefois, comme nous le voulions déjà tout à l'heure pour l'article 682, c'est-à-dire d'une façon intelligente et de telle sorte qu'il y ait le moins de dommage possible de causé, afin que celui qui demande le passage paie le moins d'indemnité possible. Ainsi, on pourra, croyons-nous, faire fléchir la règle qui ordonne que le passage ait lieu du côté où le trajet est le plus court, lorsqu'il sera démontré que tel est l'intérêt de celui qui devra supporter la servitude ou de ses voisins, et quelquefois même de celui qui l'exercera : pour éviter, par exemple, de démolir un mur, de construire un pont, etc. Faute par les deux voisins de s'entendre, les magistrats auront un pouvoir discrétionnaire pour trancher cette question. Bien plus, si pendant trente ans le propriétaire du fonds enclavé avait exercé son droit de passage par certain endroit déterminé, il l'aurait acquis par cet endroit, même à travers des forêts domaniales ou des immeubles dotaux, bien que ceci ait été contesté et malgré l'opinion contraire de la Cour de Cassation ; il pourrait même aggraver ce droit si l'importance croissante de son fonds l'exigeait.

Notons que, même par suite de l'établissement de la servitude de passage, le propriétaire du fonds servant conserve tous les droits de propriété qu'il a sur son fonds, à la seule condition de ne rien faire qui entrave l'exercice du droit de passage. Ainsi, il peut en changer la disposition; en tant qu'il ne touche pas à la servitude, il peut se servir du chemin par où elle s'exerce. Il pourra même se clore; car l'article 647 ne veut pas dire que le fonds servant devra toujours être ouvert à tout venant, mais seulement que le propriétaire ne pourra l'entourer de telle façon que la servitude ne puisse plus s'exercer.

De son côté, le propriétaire du fonds dominant doit exercer son droit par lui-même ou ses domestiques, et seulement de la manière convenue; ainsi, il ne pourrait le prêter à un voisin qui l'exercerait pour son compte. C'est aussi au propriétaire du fonds dominant qu'incombe la charge de faire tous les travaux nécessités par la servitude, en consultant autant que possible, bien entendu, la commodité du propriétaire du fonds servant.

Avant de terminer, il nous reste encore à voir sous quelles conditions le droit de passage doit être demandé. L'article 682 répond : « Le propriétaire... peut réclamer un passage..., à la charge d'une indemnité proportionnée au dom-

mage qu'il peut occasionner. » Ainsi, il ne s'agit pas de savoir combien le passage apportera d'avantages au fonds dominant, il faut voir seulement combien il causera de préjudice au fonds servant ; tellement que s'il n'en causait pas, aucune indemnité ne serait due ; c'est, du reste, ce qui arrive assez souvent. Mais le droit à l'indemnité naîtrait du moment où le propriétaire du terrain viendrait à lui donner une destination nouvelle qui ne se concilierait pas, sans dommage avec l'exercice du passage, mais cela au cas seulement où le propriétaire du fonds dominant n'aurait pas de titre ou n'exercerait pas la servitude depuis plus de trente ans ; car, dans ces deux hypothèses, il ne pourrait dépendre du caprice du propriétaire du fonds servant de changer cela, comme il ne pourrait pas non plus réclamer, en se basant sur les mêmes raisons, une indemnité plus considérable que celle qui lui a été déjà payée.

Il faut encore que cette indemnité soit préalable, et nous en concluons qu'elle ne saurait consister en une somme annuelle, dont le paiement ne pourrait être fait avant le commencement d'exercice de la servitude.

Les tribunaux ne pourront permettre au propriétaire du fonds dominant d'exercer le droit de passage, avant d'avoir payé l'indemnité allouée.

Enfin, l'article 685 établit un laps de temps, pour la prescription de l'action en indemnité : « L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'article 688, est prescriptible, et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable. » On a voulu faire ici des distinctions, mais nous ne les admettons pas, et nous pensons que la prescription dont nous venons de parler sera toujours applicable. D'où il suit qu'on peut à la fois, par trente ans, déterminer le fonds qui sera soumis à la servitude de passage, établir l'endroit de ce fonds par lequel cette servitude s'exercera, et enfin se libérer de l'action en indemnité que l'article 682 a introduite en faveur du propriétaire du fonds servant. Notons toutefois que, pour en arriver à ce résultat, il faut que cette possession soit publique, continue, non interrompue, et ne constitue pas un fait de simple tolérance.

# POSITIONS.

## DROIT ROMAIN.

### I.

La simple convention ne suffit pas, sous Justinien, pour établir la servitude en tant que droit réel.

### II.

Les servitudes urbaines sont celles *quæ in superficie consistunt*, les servitudes rurales celles *quæ in solo consistunt.*

### III.

La servitude d'*actus* comprend celle d'*iter.*

### IV.

Le propriétaire du fonds servant, dans la servitude *oneris ferendi*, doit entretenir le mur en bon état de réparations.

V.

Dans certaines villes, il n'était pas d'usage de recevoir sur son fonds l'égout du toit voisin, mais alors rien ne l'empêchait d'acquérir la servitude *stillicidii recipiendi.* Dans d'autres villes, le contraire existait, et le voisin pouvait acquérir la servitude *stillicidii non recipiendi.*

VI.

Le fardeau de la preuve, dans l'action négatoire, incombe à celui qui prétend posséder la servitude.

## DROIT CIVIL.

I.

Le propriétaire, en dehors des servitudes établies par la loi dans l'intérêt des particuliers, a le droit de faire sur son héritage tout ce que bon lui semble en tant qu'il ne fait que priver les voisins des avantages dont ils avaient joui jusqu'alors; mais il n'en est pas ainsi lorsqu'il leur cause un dommage véritable.

II.

Le mur qui sépare un bâtiment d'une cour ou d'un terrain quelconque non bâti, n'est pas mitoyen.

III.

S'il n'y a titre ou marque du contraire, le mur qui soutient une terrasse appartient au propriétaire du fonds supérieur lorsqu'il ne s'élève pas au-dessus de ce fonds; il est mitoyen s'il s'élève au-dessus.

IV.

L'article 654 n'est pas limitatif.

V.

Celui qui achète la mitoyenneté d'un mur peut faire supprimer les jours que le voisin y a ouverts lorsqu'il en était seul propriétaire.

VI.

Un propriétaire ne peut, en abandonnant le terrain sur lequel le mur mitoyen devra être construit, se libérer de l'obligation de contribuer à sa construction.

VII.

Lorsque l'un des propriétaires reconstruit un mur mitoyen dans son seul intérêt, il ne doit pas indemniser son copropriétaire des dommages qui ne font pas partie des frais de la reconstruction.

VIII.

Le propriétaire de l'étage supérieur, dans une maison divisée horizontalement entre plusieurs personnes, ne peut, sans le consentement des propriétaires des étages inférieurs, ni le faire exhausser, ni y ajouter de nouveaux étages.

IX.

Le propriétaire d'un fonds sur lequel des vues s'exercent depuis plus de trente ans ne peut, afin de les supprimer, ni bâtir sur son fonds, ni élever des constructions contre le mur mitoyen.

X.

Lorsque l'enclave disparaît, la servitude de passage acquise au fonds qui était enclavé ne disparaît pas.

## PROCÉDURE CIVILE.

L'étranger assigné par un autre étranger en France ne peut pas exiger la caution *judicatum solvi.*

## DROIT PÉNAL.

### I.

Celui qui a accepté d'un tiers la mission de tuer ce tiers, commet un meurtre et doit en subir les peines.

### II.

La réhabilitation n'empêche pas la condamnation à propos de laquelle elle intervient de servir de base à la récidive.

## DROIT COMMERCIAL.

### I.

L'autorisation de justice peut suppléer celle du mari afin d'habiliter la femme à faire le commerce.

II.

Le voiturier, en se dessaisissant de la chose voiturée, perd son privilége pour les frais de voiture et les dépenses accessoires.

DROIT INTERNATIONAL.

I.

L'étranger légalement divorcé dans son pays peut se remarier en France du vivant de son premier conjoint.

II.

Les navires neutres peuvent, sans violer la loi de la neutralité, faire le cabotage entre les ports de l'une des nations belligérantes.

Vu par le président de la thèse,
R. TOUTAIN.

Vu par le doyen,
C. DEMOLOMBE.

Permis d'imprimer :
Pour le Recteur en tournée,
*L'Inspecteur d'Académie délégué,*
HÉBERT-DUPERRON.

Caen, Typ. F. Le Blanc-Hardel.

# TABLE DES MATIÈRES.

## DROIT ROMAIN.


Pages.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES. . . . . 5

CHAPITRE I. . . . . 8

Section I. Généralités . . . . . *Ibid.*

Section II. Des servitudes prédiales en général. Distinction des servitudes rurales et urbaines. . . . . 14 16

Section III. Servitudes prédiales urbaines. . . 21

Section IV. Servitudes prédiales rurales. . . 27

CHAPITRE II. Comment s'établissent les servitudes. 35

Section I. Avant Justinien. . . . . *Ibid.*

Section II. A l'époque de Justinien. . . . 43

CHAPITRE III. Comment les servitudes s'éteignent. 54

CHAPITRE IV. Actions relatives aux servitudes. . . 60

§ 1. Action confessoire . . . . . 62

§ 2. Action négatoire. . . . . 63

## DROIT FRANÇAIS.

PRÉLIMINAIRES ET DIVISION. . . . . 67

CHAPITRE I. Existe-t-il d'autres servitudes d'utilité privée en dehors de celles établies par l'article 652. . . . . 78

CHAPITRE II. De la mitoyenneté. . . . . 91
Section I. Du mur mitoyen. . . . . 92
§ 1. Quand un mur est-il mitoyen. . . *Ibid.*
§ 2. De la non-mitoyenneté des murs. . 103
§ 3. Des effets de la non-mitoyenneté. 109
Obligations qui incombent au propriétaire exclusif d'un mur joignant un héritage voisin . . . 110
Droits qui lui appartiennent. . . 118
§ 4. Effets de la mitoyenneté d'un mur. 125
Droits qui appartiennent au copropriétaire d'un mur mitoyen. . *Ibid.*
Droit de bâtir contre ce mur. . . 126
Droit de l'exhausser . . . . . 127
Des autres droits non réglementés par le Code . . . . . 133
Des obligations qu'impose la mitoyenneté . . . . . 134
Contribution aux réparations. . . 135
Obligation pour chaque copropriétaire de prendre parfois conseil de l'autre. 138
SECTION II. De la mitoyenneté dans le cas où les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires . . . . . 141

Lorsque la maison existe . . . 143
Lorsqu'elle a été détruite par cas fortuit . . . . . 147
Section III. Du fossé mitoyen. . . . . 149
§ 1. Dans quels cas un fossé est mitoyen. *Ibid.*
§ 2. Effets de la mitoyenneté d'un fossé. 151
Section IV. Des haies mitoyennes et des arbres qui sont sur les confins des héritages. . . 154
§ 1. Des haies . . . . . 155
Dans quels cas existe la présomption de mitoyenneté . . . . . *Ibid.*
Des effets de la mitoyenneté d'une haie. 157
§ 2. Des arbres situés sur les confins de deux héritages. . . . . 159

CHAPITRE III. De la distance à observer pour la plantation des arbres et des haies vives. . . 161
Du cas où les branches et les racines s'avancent sur le fonds voisin. . 166

CHAPITRE IV. De la distance des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions. . 170

CHAPITRE V. Des vues sur la propriété du voisin. 174
Section I. Des jours. . . . . *Ibid.*
Section II. Des vues proprement dites. . . 179
§ 1. Des vues droites et obliques. . . . 180
§ 2. De la distance requise pour établir les vues, comment elle se compte et dans quels cas on doit l'observer. . . . 182
§ 3. Du cas où la distance prescrite n'a pas été observée . . . . . 189

CHAPITRE VI. De l'égout des toits. . . . . 195

CHAPITRE VII. Du droit de passage. . . . . 198
§ 1. Qui peut réclamer un droit de passage et dans quels cas. . . . . *Ibid.*
§ 2. Modes et conditions d'exercice du droit de passage. . . . . 201
Positions. . . . . 206

Caen, Typ. F. Le Blanc-Hardel.

LOIS
I
II
III
IV